

WYROK

z dnia 28 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Rafał Malinowski
Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022r. przez
wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum: Polimex

Infrastruktura Sp. z o.o.; Polimex Mostostal S.A.; Polbud-Pomorze Sp. z o.o.; Mosty

Łódź S.A., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez
zamawiającego: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul.
Wronia 53, 00-874 Warszawa,

przy udziale wykonawcy: STECOL CORPORATION 4-2101, 2 Rongyuan Road, Huayuan
Industrial Zone, 300384 Tianjin, Chiny zgłaszającego przystąpienie do postępowania
odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2960/22 po stronie odwołującego,

oraz

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum
STRABAG Sp. z o.o., STRABAG AG, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO
2960/22 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów:

1) naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp, poprzez
zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum STRABAG Sp. z o. o.,
STRABAG AG i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której STRABAG sp. z
o.o. podlega wykluczeniu z postępowania, w związku z faktem, iż z przyczyn

leżących po swojej stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał
umowy o zamówienia publiczne,

2) naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp, poprzez
zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum STRABAG Sp. z o. o.,
STRABAG AG i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której STRABAG sp. z
o.o. podlega wykluczeniu z postępowania w związku z zawinionym poważnym
naruszeniem obowiązków zawodowych,

3) naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp oraz w zw.
z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z

postępowania Konsorcjum STRABAG Sp. z o. o., STRABAG AG i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on informacje wprowadzające w błąd zamawiającego;

2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum STRABAG sp. z o.o., STRABAG AG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, tj. przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum STRABAG Sp. z o. o., STRABAG AG, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum: Polimex Infrastruktura Sp.

z o.o.; Polimex Mostostal S.A.; Polbud-Pomorze Sp. z o.o.; Mosty Łódź S.A., al.

Jana Pawła II 12, 00-124 tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum STRABAG Sp. z o. o., STRABAG AG, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków na

rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum Polimex

Mostostal S.A.; Polbud-Pomorze Sp. z o.o.; Mosty Łódź S.A., al. Jana Pawła II

12, 00-124 Warszawa kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i 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. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) 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:

Sygn. akt: KIO 2960/22

U z a s a d n i e

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Zabierzowa w ciągu drogi krajowej nr 79" Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2022 r. pod nr 2022/S 107-294886.

Informacja o wyborze oferty Konsorcjum w składzie STRABAG Sp. z o.o. oraz STRABAG AG. zwanego dalej „Konsorcjum Strabag” jako najkorzystniejszej, została przekazana wykonawcom przez Zamawiającego w dniu 27 października 2022 r.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - konsorcjum w składzie Polimex Infrastruktura Sp. z o. o., Polimex Mostostal S.A., POLBUD - POMORZE Sp. z o. o., Mosty Łódź S.A. z siedzibą lidera w Warszawie zwane dalej „Konsorcjum Polimex” na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) wnieśli odwołanie wobec:

- czynności wyboru oferty konsorcjum w składzie: STRABAG Sp. z o.o., STRABAG AG, zwanego dalej „Konsorcjum Strabag” jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania;
- zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag w sytuacji, w której wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania, z uwagi na fakt wystąpienia w stosunku do Strabag AG oraz Strabag sp. z o. o., a zatem w stosunku do wykonawcy, podstaw wykluczenia.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

(1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag, a w konsekwencji jej wybór jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp;

(2) art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag w sytuacji, w której podlega ono wykluczeniu w związku z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych przez Strabag AG, co podważa jego uczciwość, z uwagi na uznanie przez Austriacki Sąd Kartelowy („ASK”), a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji („AFCA”), że Strabag AG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej („KartG”) oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i

inżynierii lądowej, czego skutkiem było - zgodnie z informacją AFCA - ukaranie Strabag AG karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje wszystkie znamiona podstawy

wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp;

(3) art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której podlega ono wykluczeniu w związku z zawarciem przez Strabag AG z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co Zamawiający mógł stwierdzić obecnie na podstawie wiarygodnych przesłanek, a to z uwagi na uznanie przez Austriacki Sąd Kartelowy, a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji, że Strabag AG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było - zgodnie z informacją AFCA - ukaranie Strabag AG karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;

(4) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (wprowadzenie w błąd/zatajenie informacji), iż Strabag AG nie jest winny poważnego wykroczenia zawodowego oraz nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a zatem nie podlega wykluczeniu, mimo iż - jak to wskazano w powyższym zarzucie - Austriacki Sąd Kartelowy, a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji, uznały, że Strabag AG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było ukaranie Strabag AG karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, o czym wykonawca powinien poinformować Zamawiającego w oświadczeniu JEDZ, a czego zaniechanie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp;

(5) art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z

postępowania Konsorcjum Strabag i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której Strabag sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po

swojej stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał umowy o zamówienia publiczne na budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych, zawartej ze Związkiem Międzygminnym „Bzura” w Łowiczu, co skutkowało wypowiedzeniem/ odstąpieniem od umowy/ naliczeniem Strabag sp. z o.o. odszkodowania (kary umownej), co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp;

ewentualnie

(6) art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której Strabag sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania w związku z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, polegającym na niewykonaniu umowy o zamówienie publiczne na

budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach

Bankowych, z uwagi na bezpodstawne (z przyczyn, które - w ocenie Odwołującego - rzutują na uczciwość i wiarygodność wykonawcy) i nieskuteczne odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego ze Związkiem Międzygminnym „Bzura” w Łowiczu (zamawiającym), co też w dniu 10 grudnia 2021 roku zostało stwierdzone w prawomocnym wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi;

(7) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1

pkt 5 i 7 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (wprowadził w błąd/zataił informacje) poprzez ukrycie, iż Strabag sp. z o.o. z przyczyn leżących po swojej stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał umowy o zamówienie publiczne na budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych, zawartej ze Związkiem Międzygminnym „Bzura” w Łowiczu, co skutkowało wypowiedzeniem/ odstąpieniem od umowy/ naliczeniem Strabag sp. z o.o. odszkodowania (kary umownej), co z uwagi na bezpodstawność i nieskuteczność odstąpienia przez Strabag sp. z o.o. oraz motywację tego wykonawcy kwalifikuje się również jako zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych;

a w konsekwencji

(8) art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Strabag jako najkorzystniejszej;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- wykluczenia Konsorcjum Strabag z postępowania, a w konsekwencji tego odrzucenie oferty Konsorcjum Strabag;
- uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do

odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z klasyfikacją ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, oferta Odwołującego jest druga w rankingu, co oznacza, że pozytywne rozpatrzenie odwołania skutkować będzie wyborem oferty Konsorcjum Polimex jako najkorzystniejszej i najpewniej zawarciem umowy.

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt 9.2 wskazał, iż, niezależnie od obligatoryjnych przesłanek, wykluczy również wykonawcę na podstawie przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 Pzp.

Do dnia 16 września 2022 roku do Zamawiającego wpłynęło 9 ofert, w tym oferta konsorcjum w składzie STRABAG Sp. z o.o. oraz STRABAG AG. Wraz z ofertą Konsorcjum Strabag złożyło oświadczenia JEDZ dla obu członków konsorcjum.

Strabag AG w swoim JEDZ-u na pytanie, czy zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji udzielił odpowiedzi „Nie”. Podobnie na pytanie, czy jest winny poważnego wykroczenia zawodowego także zaznaczył „Nie”.

Strabag sp. z o.o. w swoim JEDZ-u 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? udzielił odpowiedzi twierdzącej, jednak ograniczył się do wskazania czterech opisanych w szczegółach w JEDZ umów. Wśród tych umów nie ma tej obejmującej budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych, która także nie została wykonana.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie ocenił i wybrał ofertę Konsorcjum Strabag jako najkorzystniejszą. Wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego, a także popełnienie poważnego wykroczenia zawodowego lub też niewykonanie poprzednio zawartej umowy o zamówienie publiczne oraz zawarcie porozumienia z innymi wykonawcami mającego na celu zakłócenie konkurencji, co z kolei powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Strabag.

ZARZUT dotyczący poważnego wykroczenia zawodowego.

Odwołujący wskazał na art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp, który stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. c) Dyrektywy PE i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa klasyczna”), w którym podobnie przyjęto, iż instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa

członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego

wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: (...) c) jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu i orzecznictwie, naruszenie obowiązków zawodowych to zarówno naruszenie ustawy, norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę (np. Kodeks Etyki Lekarskiej, Kodeks Etyki Radcy Prawnego), jak i umowy. Chodzi generalnie o zachowanie, które jest naruszeniem dóbr prawnych znajdujących się pod ochroną karną lub powoduje albo może spowodować znaczne szkody (Zob. np.: H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, UZP, wraz z powołanym tam orzecznictwem).

Zawinione poważne naruszenie przejawia się nie tylko umyślnym działaniem, ale również rażącym niedbalstwem, które rozumiane jest w orzecznictwie jako naruszenie elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności (zob. wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. sygn. akt II CK 142/03).

Ponadto, w kontekście zdarzenia zawinionego i poważnego, podważającego uczciwość (wiarygodność) danego wykonawcy, wskazuje się, iż wchodzi w grę przede wszystkim w przypadku skazania, nawet nieprawomocnego, za czyn zabroniony związany z działalnością zawodową wykonawcy.

W orzecznictwie TSUE oraz doktrynie jako przykład poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych wprost wskazuje się m.in. nałożenie na przedsiębiorstwo grzywny z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji. Odwołujący przywołał wyrok TSUE, w którym wskazano, iż: pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” obejmuje każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu gospodarczego (wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 27), jego integralność lub niezawodność. Z powyższego wynika, iż pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego”, będące przedmiotem szerokiej wykładni, nie może ograniczać się jedynie do uchybień i zaniedbań przy wykonywaniu zamówienia publicznego. (...) W ten sposób popełnienie naruszenia reguł konkurencji, w szczególności gdy naruszenie to jest karane karą grzywny, stanowi podstawę wykluczenia objętą art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 (wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 35). W wyroku tym zatem Trybunał wprost potwierdził, że naruszenie reguł konkurencji wypełnia przesłanki podstawy wykluczenia związanej z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych.

Podobne stanowisko Trybunał zajął także w swoim wyroku z dnia 14 grudnia 2016 roku, w którym również odnosił się do sytuacji przedsiębiorstw tworzących konsorcjum, na które tym razem holenderski (nie włoski) urząd ds. ochrony konkurencji nałożył grzywny z

tytułu naruszenia krajowej ustawy o ochronie konkurencji. Analogicznie uznano, iż jest to poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Także w polskiej doktrynie podkreśla się, że omawiany czyn wypełnia stosowną przesłankę wykluczenia (art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp). W komentarzu do Pzp, przygotowanym „pod egidą” Urzędu Zamówień Publicznych, czytamy, że z poważnym i zawinionym naruszeniem obowiązków będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy: „Jako naruszenie obowiązków zawodowych należy również zakwalifikować naruszenia zobowiązań środowiskowych lub społecznych, naruszenia reguł konkurencji albo praw własności intelektualnej lub przemysłowej. Ponadto jako zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych można zakwalifikować naruszenie przepisów Pzp gwarantujących przestrzeganie zasad udzielania zamówień publicznych”.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z oficjalnej strony Austriackiego Federalnego Urzędu ds. Konkurencji - organ ten w ramach dochodzenia w dniu 14 lipca 2021 r. złożył do austriackiego sądu kartelowego wniosek o nałożenie grzywny na dwie spółki z grupy STRABAG, a mianowicie STRABAG AG i F. Lang u. K. Menhofer Baugesellschaft mbH & Co. KG.

Wspomniana grzywna miała opiewać na znaczną kwotę, bo aż 45,37 mln EUR. W ramach współpracy z AFCA i przy udziale prokuratora federalnego ds. kartelu STRABAG uznał naruszenie. W dniu 21 października 2021 r. sąd kartelowy nałożył grzywnę zgodnie z żądaniem AFCA (27 Kt 12/21 r.). Stwierdzono, że STRABAG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej („KartG”) oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej w Austrii w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 r. Decyzja ta jest ostateczna. Odwołujący wskazał jako dowód: informację z oficjalnej strony Austriackiego Federalnego Urzędu ds. Konkurencji; [dostęp:

07.11.2022] oraz załączył wyciąg ze strony Austriackiego Federalnego Urzędu ds. Konkurencji wraz z jego tłumaczeniem na język polski.

Zgodnie z § 1 ust. 1 KartG, tj. przepisem, który stał się podstawą wydania wobec Strabag AG wspomnianej powyżej decyzji: „Zabrania się wszelkich porozumień między

przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw oraz praktyk uzgodnionych, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji (kartele)”.

Także art. 101 TFUE odnosi się do zakazu karteli i stanowi:

1. Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na:

a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;

b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;

c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;

d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń

równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji;

e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań

dotychczasowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaje handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.”

Jak wynika z opublikowanych komunikatów, grzywny są określane na podstawie wagi i czasu trwania naruszenia, stopnia winy oraz siły ekonomicznej i współpracy zainteresowanego przedsiębiorstwa. Zarówno wysokość samej kary, jak i czas, w którym

miało dochodzić do naruszeń (zgodnie z komunikatem przez około piętnaście lat: lata 2002 - 2017) wskazują niewątpliwie na wyjątkowo poważne naruszenie podstawowych zasad, jakimi powinien się kierować każdy przedsiębiorca biorący udział w przetargach i działający na rynku zamówień publicznych. Jak czytamy natomiast Strabag AG przez lata był częścią kartelu budowlanego, który zapobiegał, zakłócał i ograniczał konkurencję, co wynika z ostatecznej decyzji sądu.

Zarówno decyzja sądu kartelowego, jak i złożenie przez AFCA wniosku o ukaranie Strabag AG, zostały podjęte przed około rokiem (lipiec, październik 2021 rok), co powoduje, że wspomniany wykonawca nadal objęty jest 3-letnią karencją (podlega wykluczeniu z przetargów), o której mowa w art. 111 pkt 4 Pzp.

Kwestia, że to właśnie skazanie kogoś/wydanie przez sąd orzeczenia (decyzji) poważnie podważa wiarygodność (uczciwość) tego podmiotu, nie budziła wątpliwości m.in. w cytowanych już orzeczeniach TSUE (C-425/18, C-171/15) i komentarzach.

Również w doktrynie wskazuje się na konieczność wykazania naruszenia obowiązków zawodowych za pomocą stosownych dowodów. Przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, znajdzie zastosowanie dopiero w sytuacji, w której zamawiający jest w stanie wykazać zawinione poważne naruszenie zawodowe, podważające uczciwość wykonawcy, za pomocą stosownych dowodów. W tym kontekście należy wskazać, że niewątpliwie decyzja sądu kartelowego jest pierwszym i podstawowym tego typu dowodem, a dodatkowo - trudno byłoby w tej sytuacji przyjąć, że Zamawiający był w stanie wykazać to naruszenie jeszcze przed organem (austriackim urzędem ochrony konkurencji), który prowadził całą sprawę, a który o wystąpieniu z wnioskiem o ukaranie zdecydował dopiero w lipcu 2021 roku. Z pewnością, gdyby materiał dowodowy, przemawiający za zasadnością takiego wniosku (popętnieniem stosownego czynu przez Strabag AG) na to pozwalał, wystąpiłby do sądu kartelowego wcześniej. Tak się jednak - z jakichś powodów (brak dostatecznych podstaw) - nie stało.

W tej sytuacji nie powinno być wątpliwości, że wydanie wobec Strabag AG decyzji o uznaniu, że działał on w ramach kartelu oraz nałożenie stosownej kary, świadczy o tym, że w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co rzutuje na postrzeganie jego uczciwości i wiarygodności, a zatem podlega on wykluczeniu z postępowania. Dlatego też ofertę wykonawcy należało odrzucić, czego Zamawiający, najpewniej z uwagi na brak świadomości i wiedzy o powyższych okolicznościach (o czym mowa w pkt II.3), zaniechał.

ZARZUT dotyczący porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji - art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W ocenie Odwołującego, nie powinno budzić wątpliwości, że w przypadku Strabag AG ziściły się także przesłanki art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę (...):

5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Odwołujący podkreślił, że przesłanka ta odnosi się do zakłócenia konkurencji w obecnym, jak i w przeszłych postępowaniach, w których wykonawca brał udział. Chodzi bowiem o wybór oferty wykonawcy dostatecznie uczciwego, który jest wiarygodnym kontrahentem dla zamawiającego. Stanowisko to podziela się w doktrynie: Należy pamiętać, że art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy zarówno porozumień zawartych w związku z danym, aktualnie prowadzonym postępowaniem, jak również wcześniej zawartych tego rodzaju porozumień. Wskazane bowiem w tym przepisie porozumienia kładą się cieniem na wiarygodność i rzetelność wykonawcy: . ze względu na towarzyszący temu porozumieniu

zamiar podważa rzetelność wykonawcy i uzasadnia jego wykluczenie nie tylko z tego, ale również dalszych postępowań H. Nowak, M. Winiarz (red.), op. cit., s. 379

Dodatkowo wskazuje się, że porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji to przede wszystkim porozumienia „pomiędzy przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji na rynku właściwym” H. Nowak, M. Winiarz (red.), op. cit., s. 379.

W świetle przytoczonych już okoliczności faktycznych zasadniczo nie powinno budzić wątpliwości, że przedmiotowa przesłanka wykluczenia znajdzie zastosowanie do Strabag AG. Kwestie zawierania porozumień z innymi przedsiębiorcami w szeregu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji na rynku budowanym, zostały przyznane przez sam ten podmiot. Ponadto, wynika to również z podstawy i kwalifikacji prawnej czynu przyjętej przez AFCA oraz sąd kartelowy. Przypomnieć w tym miejscu należy, że zgodnie z § 1 ust. 1 KartG, a zatem przepisem, który stał się podstawą wydania wobec Strabag AG wspomnianej decyzji: Zabrania się wszelkich porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw oraz praktyk uzgodnionych, których

celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji (kartele).

Podobnie jak miało to miejsce w przypadku wystąpienia podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5, także w tej sytuacji mamy do czynienia z 3-letnim okresem karencji (podleganiem wykluczeniu z przetargów). Należy zakładać, że wiarygodne przesłanki do stwierdzenia przez Zamawiającego, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji ujawniły się najwcześniej z decyzją AFCA o zawnioskowaniu do sądu kartelowego o nałożenie stosownej kary. Decyzja ta wskazywała bowiem (ujawniała), że także wobec Strabag AG (obok innych podmiotów) istnieją uzasadnione podstawy do twierdzenia, że dopuścił się on czynów naruszających uczciwą konkurencję (zawarł porozumienie z innymi wykonawcami).

W tej sytuacji nie powinno być wątpliwości, że wydanie wobec Strabag AG decyzji o uznaniu, że działał on w ramach kartelu oraz nałożenie stosownej kary, świadczy o tym (potwierdza), że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie (kartel) mające na celu zakłócenie konkurencji, co obecnie można stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, a zatem wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania. Dlatego też ofertę wykonawcy należało odrzucić. Zamawiający, najpewniej z uwagi na brak świadomości i wiedzy o powyższych okolicznościach, zaniechał wykluczenia. W tym zakresie jednak Strabag AG wprowadził Zamawiającego w błąd.

ZARZUT wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez zatajenie informacji o podstawach wykluczenia z uwagi na poważne naruszenie obowiązków zawodowych oraz zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Niezależnie od zasadności powyższych zarzutów, Odwołujący podkreślił, że wykonawca, mimo powagi czynu, jego skali i wymiernych skutków (decyzja sądu kartelowego), a także świadomości oraz obowiązku, jaki na nim spoczywa w związku z udziałem w przetargu publicznym (złożenie odpowiedniego oświadczenia o braku wystąpienia podstaw do wykluczenia), w oświadczeniu JEDZ, które zawiera stosowne pytania, nie poinformował Zamawiającego, iż w stosunku do niego miały miejsce sytuacje, jak powyżej opisane, co było jego obowiązkiem.

W Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia każdy z wykonawców zobowiązany jest do udzielenia odpowiedzi m.in. na wskazane powyżej pytania. W Instrukcji wypełniania JEDZ wyraźnie wskazano, że pytanie łączy się z przesłanką wykluczenia określoną w treści art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Aby Zamawiający mógł ocenić, czy wobec wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia w tym zakresie, Strabag AG powinien złożyć w tym miejscu stosowne oświadczenie oraz wyjaśnienia. Strabag AG zaniechał jednak tej czynności.

Odwołujący podkreślił, że вина Strabag AG nie budzi na obecnym etapie żadnych wątpliwości. Została ona przesądzona stosowną decyzją austriackiego sądu kartelowego, a wykonawca sam przyznał tę okoliczność. Ponadto, w postępowaniu o udzielenie zamówienia kwestia ta, sprowadzająca się faktycznie do oceny wystąpienia podstaw wykluczenia wobec Strabag AG, pozostaje w gestii Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest wyłącznie dostarczyć Zamawiającemu odpowiedni materiał, na podstawie którego ten podejmie decyzję. Strabag AG, nie informując o tym Zamawiającego, uniemożliwił wykonanie tych czynności.

W Instrukcji potwierdzono m.in. że: W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie co do nieuprawnionego porozumienia, zawartego przez niego w tym bądź innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to porozumienie prowadzi do zakłócenia uczciwej konkurencji. Mocą art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ustawodawca wprowadził obligatoryjną przesłankę do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Przedmiotowe pytanie w JEDZ dotyczy zatem obligatoryjnej przesłanki opisanej w treści art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, odnoszącej się zarówno do tego, ale i innych postępowań, które miały już miejsce. Strabag AG zobowiązany był do ich wskazania.

Pomimo wystąpienia opisanych okoliczności - Strabag AG w zakresie obu pytań zaznaczył odpowiedź „Nie”, co jest oczywiście niezgodne z prawdą (rzeczywistością). W ten sposób zaniechał wypełnienia swojego obowiązku notyfikacji powyższych zdarzeń Zamawiającemu, przez co wprowadził ten podmiot w błąd.

Takie zachowanie Strabag AG miało wpływ na dalsze działanie Zamawiającego. Trzeba bowiem przyjąć, że - choćby z uwagi na wystąpienie opisanych wydarzeń poza granicami Polski i z pewnością trudniejsze z tego powodu dotarcie do stosownych informacji - Zamawiający nie wiedział o opisanych okolicznościach (choć sama wiedza Zamawiającego jest okolicznością zasadniczo irrelevantną w świetle art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp). Dlatego też nie wykluczył wykonawcy z postępowania i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą. Notyfikowanie przez Strabag AG, iż dopuścił się on stosownych czynów, za co została na niego nałożona wysoka, wielomilionowa kara, skutkować musiałoby wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Strabag AG dzięki ukryciu tych informacji, uniknął nie tylko konieczności wyjaśnień w powyższym zakresie, ale przede wszystkim wykluczenia.

W tej sytuacji wydaje się nie budzić wątpliwości, że wobec wykonawcy wystąpiła co najmniej podstawa wykluczenia opisana w treści art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, o ile Izba nie uzna (na takim stanowisku stoi Odwołujący), że właściwą jest wręcz ta wyrażona w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Strabag AG wprowadził bowiem Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu (zataił te informacje), w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa. Spółka ta z pewnością zdaje sobie bowiem sprawę z ciężaru czynu, jakiego się dopuściła, oraz skutków tego (niebagatelnej kary w wysokości 45 mln euro). Mamy przy tym do czynienia z jedną największych spółek budowlanych na świecie, a zatem profesjonalistą, który na pewno zna swoje obowiązki, jakie na nim spoczywają. Mimo tych okoliczności, Strabag AG nie podał (zataił) informacji o decyzji sądu kartelowego i postępowaniu, jakie się wobec niego toczyło.

Należy przypomnieć, że rażące niedbalstwo to „kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem” (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2019). Oczywiście do oceny tego, czy dana osoba powinna przewidzieć stosowne skutki, przyjmuje się - zgodnie z treścią art. 355 k.c. - wzorzec osoby działającej z należytą starannością, w sposób profesjonalny, rzetelny i uczciwy. W świetle tego należy zakładać, że Strabag AG powinien co najmniej liczyć się ze skutkami swojego działania.

Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyswieca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Jak wskazuje Izba:

Nie może jednak umknąć, że „przepis art. 24 ustawy Pzp ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji” (tak: wyrok z dnia 13 lutego 2018 r., sygn. KIO 185/18). Bezsporne jest, że Strabag AG nie sprostął obowiązkom spoczywającym na wykonawcy, który ubiega się o zamówienie publiczne. Jako podmiot (strona) w pełni zaangażowany w postępowanie prowadzone przez AFCA i sąd, a także z uwagi na wydaną decyzję, miał pełną i niczym nieograniczoną wiedzę. Mógł zatem wyposażyć Zamawiającego w komplet informacji, które z jednej strony dałyby Zamawiającemu pełen obraz sytuacji i mogłyby przekonać go co do istnienia lub braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z Postępowania, z drugiej natomiast w pełni chroniłyby interes Strabag.

Zatajenie tych informacji niewątpliwie nastąpiło w warunkach zamierzonego działania. Trudno bowiem przyjąć, że profesjonalny wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji. Zatem, zatajając tę informację, Strabag liczył zapewne na to, że Zamawiający nie wejdzie w ich posiadanie, co z kolei skutkować będzie przyznaniem zamówienia. Nawet, gdyby przyjąć (co w opinii Odwołującego jest jednak nieuzasadnione), że nie mamy do czynienia z zamierzonym działaniem, to wykonawcy Strabag należy bezsprzecznie przypisać działanie w warunkach rażącego niedbalstwa, a więc drugiej z alternatywnych przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Wniosek taki jest zasadny, biorąc pod uwagę zarówno dysponowanie kompletem informacji, jak i wzorzec profesjonalnego wykonawcy. Do podobnych zresztą wniosków doszedł Sąd Okręgowy w Warszawie, w cytowanym w dalszej części wyroku z dnia 24 października 2017 roku. Ustalenie, że działanie wykonawcy prowadzone było w warunkach rażącego niedbalstwa konsumuje zwykłe niedbalstwo oraz lekkomyślność, a więc łagodniejsze formy podmiotowe działania wykonawcy, które wskazane zostały w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Nie budzi przy tym wątpliwości, że w niniejszej sytuacji zastosowanie znajdzie zatem również art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Niepodanie bowiem tak istotnych informacji, które rzutują na ocenę przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niewątpliwie zakwalifikować należy jako co najmniej niedbalstwo lub lekkomyślność.

Zmaterializowały się również w niniejszej sytuacji skutki, o których mowa w obu analizowanych przepisach, tj. zarówno „wprowadzenie zamawiającego w błąd” jak i „przedstawienie informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego” (stan hipotetyczny).

Potwierdza to orzecznictwo Izby (wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. KIO 2007/17, KIO 2014/17, wyrok KIO z dnia 13 lutego 2018 r., sygn. KIO 185/18).

Ponadto, jak wynika z orzecznictwa Izby, „przez błąd należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania” (K. Różowicz, Wykluczenie wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, Komentarze praktyczne, LEX). Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości.

Niewątpliwie z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Oświadczenie złożone przez Strabag AG w JEDZ jest obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością. Nie budzi bowiem wątpliwości, że na tego wykonawcę nałożona została w drodze decyzji sądu kartelowego stosowna kara, której nałożenie potwierdza, iż po stronie Strabag AG doszło do naruszenia obowiązków zawodowych/stwierdzono zawarcie stosownego porozumienia.

Spełniona jest także przesłanka odnosząca się do zakresu informacji. Jak wynika z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp informacje, o których mowa w tym przepisie, muszą odnosić się do określonego zakresu przedmiotowo istotnego w kontekście czynności w postępowaniu, w tym odnoszących się do oceny podstaw wykluczenia z postępowania. Takiego ograniczenia nie zawiera art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, który wskazuje jedynie na szeroko rozumiane decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Niewątpliwie zatem spełnione zostały przesłanki uzasadniające wykluczenie wykonawcy Strabag w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

Strabag AG, nawet gdyby miał co do tego wątpliwości to powinien notyfikować Zamawiającemu fakt, iż wydano wobec niego decyzję stwierdzającą naruszenie konkurencji, a wątpliwości, czy doszło do wystąpienia podstaw wykluczenia, powinien rozstrzygnąć i ocenić Zamawiający.

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych. W wyroku z dnia 24 października 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 928/17 Sąd Okręgowy w Warszawie, odnosząc się do zbliżonej do poruszanej w tym miejscu kwestii stwierdził: „Ta rubryka pomija całkowicie element odpowiedzialności/winy po którejkolwiek stronie umowy o zamówienie publiczne. Ten aspekt jest dopiero w kolejnej rubryce JEDZ, która powinna być zostać uzupełniona przez (...), gdyż stanowiła konsekwencję rozwiązania przed czasem umowy z (...). Rubryka ta brzmi następująco: „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? () Tak () Nie Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:” (...) nie wypełniło tej rubryki gdyż uznało, że nie znajdowało się w sytuacji wyżej wskazanej. Całkowicie bezpodstawnie, powinno było to uczynić”. W dalszej części uzasadnienia sąd wskazuje, że nic nie stało na przeszkodzie, ażeby wykonawca uniknął wykluczenia z postępowania, wykazując szczegółowo zamawiającemu, że rozwiązanie umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Za spóźnione należy uznać podnoszenie tych argumentów na późniejszych etapach, tj. kiedy postawiony został już zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd. Strabag AG takiej notyfikacji zaniechał, wbrew spoczywającemu na nim obowiązkowi.

Odwołujący podniósł także, że na obecnym etapie nie istnieją podstawy do sanowania zidentyfikowanej wadliwości. Procedura samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 Pzp nie może być bowiem traktowana jako forma ratowania wykonawcy, który wprowadził instytucję zamawiającą w błąd. Odwołujący przytoczył w powyższym zakresie orzecznictwo KIO.

ZARZUT nienależytego wykonania umowy oraz naruszenia obowiązków zawodowych przez Strabag Sp. z o.o. - wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez zatajenie informacji w tym zakresie.

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający, o ile wskazał tę przesłankę wykluczenia w SWZ (co też miało miejsce w Postępowaniu), wyklucza wykonawcę, jeśli

ziszczą się łącznie następujące przesłanki:

- 1) 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,
- 2) wskazane wyżej okoliczności nastąpiły z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- 3) okoliczności te doprowadziły do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Odwołujący wskazał, że w dniu 10 grudnia 2021 r. Sąd Apelacyjny w Łodzi oddalił w całości apelację firmy Strabag Sp. z o.o. w sprawie przeciwko Związkowi Międzygminnemu „Bzura” w Łowiczu o zapłatę kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy na budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych. W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy, a następnie Sąd Apelacyjny uznał, że odstąpienie od umowy na realizację wspomnianej powyżej inwestycji przez Strabag sp. z o.o. z dnia 12 grudnia 2017 roku było nieskuteczne. Odwołujący załączył jako dowód wyrok SA w Łodzi z dnia 10 grudnia 2022 roku, sygn. akt I AGa 134/21.

Odwołujący podkreślił, iż w wyniku „odstąpienia” od umowy przez Strabag sp. z o.o., do czego - jak stwierdził SA w Łodzi - brak było podstaw, oraz braku ukończenia na czas, tj. do 20 sierpnia 2018 roku, budowy zakładu zagospodarowania odpadów, Związek Międzygminny Bzura miał utracić - jak wynika z powszechnie dostępnych informacji - ponad 20 mln zł dotacji na ten cel oraz ok. 23 mln zł preferencyjnej pożyczki.

W związku z powyższą sytuacją, jak wynika ze Sprawozdania z wykonania budżetu Związku Międzygminnego „BZURA” za rok 2020, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Województwa Łódzkiego w dniu 4 października 2021 r. Poz. 4495, Związek w tym roku skierował przeciwko Strabag powództwo do sądu o przysługujące mu roszczenia w związku z realizacją ww. umowy. Opisane okoliczności nie pozostawiają wątpliwości, że Strabag sp. z o.o. z przyczyn leżących po swojej stronie nie wykonał umowy o zamówienie publiczne. Brak realizacji zadania skutkował przy tym szkodą po stronie Związku Międzygminnego „BZURA”. Z uwagi na niezasadne odstąpienie przez Strabag sp. z o.o. ww. Związek dochodzi obecnie swoich roszczeń w sądzie.

W ocenie Odwołującego, także w tym przypadku spełniły się podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 5 i 7 Pzp. Jeśli chodzi o pierwszą z nich, na uwagę w sposób szczególny zasługuje odnotowana przez oba sądy motywacja Strabag sp. z o.o. Wydaje się ona przemawiać za naruszeniem podstawowych obowiązków zawodowych, choćby dobrych obyczajów (handlowych) czy też zasad współżycia społecznego.

Wykonawca zaniechał także notyfikowania tego zdarzenia Zamawiającemu. Ani w pytaniu dotyczącym naruszenia obowiązków zawodowych, ani też nienależytego wykonania wcześniejszej umowy, nie znajdziemy informacji o braku wykonania umowy z ww. Związkiem. Jak wynika przy tym z ww. orzeczenia SA w Łodzi, nie sposób przyjąć, aby termin 3-letniej karencji liczyć od nieskutecznego odstąpienia od umowy przez Strabag sp. z o.o. (co też wydaje się wątpliwe także w świetle treści samego przepisu). Podstawą w takim przypadku powinny być czynności podjęte przez samego zamawiającego (naliczenie i dochodzenie odszkodowania/ kary umownej, co też - jak wynika z powyższych informacji - miało nastąpić w 2020 roku).

Powyższe wskazuje na wystąpienie także w przypadku Strabag sp. z o.o. podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 109 ust. 5, 7, 8 i 10 Pzp.

Odwołujący załączył do odwołania:

- Wyciąg informacji ze strony Austriackiego Federalnego Urzędu ds. Konkurencji dot. złożenia wniosku o nałożenie grzywny na Strabag (w języku angielskim, oryginał);
- Wyciąg informacji ze strony Austriackiego Federalnego Urzędu ds. Konkurencji dot. złożenia wniosku o nałożenie grzywny na Strabag (w języku polskim);
- Wyciąg informacji ze strony Austriackiego Federalnego Urzędu ds. Konkurencji dot. ukarani Strabag karą (w języku angielskim, oryginał);
- Wyciąg informacji ze strony Austriackiego Federalnego Urzędu ds. Konkurencji dot. ukarani Strabag karą (w języku polskim);
- Zanonimizowany Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 10 grudnia 2022 roku, sygn. akt I AGa 134/21;

- Sprawozdania z wykonania budżetu Związku Międzygminnego „BZURA” za rok 2020.

Wykonawca: STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin (Chiny) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach konsorcjum w składzie Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Strabag AG z siedzibą w Spittal an der Drau, (Austria) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący Konsorcjum Strabag, pismem z dnia 23 listopada 2022 r. przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Przystępujący zakwestionował w całości zarzuty i wnioski odwołania. Podniósł, że w realiach tej sprawy nie zachodzi żadna z przywołanych w odwołaniu przesłanek wykluczenia.

I. Zarzuty wobec Strabag AG - zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Przystępujący wskazał, że podstawa faktyczna odwołania opiera się na uzyskanych przez Odwołującego 2 informacjach publicznych dotyczących spółki Strabag AG:

- informacji z 14.07.2021r. (printscreen z 7.11.2022r.) o złożeniu przez austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji (AFCA) wniosku o nałożenie grzywny w ramach dochodzenia na austriacki przemysł budowlany. Wniosek dotyczy w szczególności dwóch spółek grupy STRABAG („Strabag”), przy czym AFCA wnosi o nałożenie grzywny w wysokości 45,37 mln EUR.
- Informacji z 21.10.2021r. (printscreen z 7.11.2022r.) o nałożeniu przez austriacki sąd kartelowy grzywny zgodnie z żądaniem AFCA. Stwierdzono, że Strabag naruszył § 1 (1) austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101(1) TFEU w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa i inżynierii w Austrii w okresie od lipca 2002 do października 2017r.

Z powyższych informacji Odwołujący w sposób automatyczny wywodzi wniosek, że wobec Strabag AG zachodzi przesłanka wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 5 Pzp, 108 ust. 1 pkt 5, a w związku z tym również z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Powyższe zarzuty Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Przystępujący oświadczył, że nie zataił w sposób celowy ani nawet w sposób noszący znamiona lekkomyślności informacji związanych z popełnionym przez Strabag AG w okresie od lipca 2002 do października 2017r. czynem nieuczciwej konkurencji. Informacje udostępniane przez austriacki urząd ds. konkurencji są informacjami ogólnodostępnymi, o czym świadczy chociażby fakt uzyskania ich przez Odwołującego ze strony internetowej tego urzędu. Jak wynika z komunikatów prasowych, na których opiera się Odwołujący decyzja o nałożeniu kary odnosi się do naruszenia przez Strabag § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFEU w okresie od lipca 2002 do października 2017r.

W odniesieniu do zdarzenia, z którego Odwołujący usiłuje wywodzić skutki prawne upłynął tym samym 3 letni okres wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp. Przystępujący nie ma obowiązku informowania o wszystkich okolicznościach historycznych, co do których upłynął ustawowy termin wykluczenia.

Przystępujący wskazał, że Strabag AG aktywnie bierze udział w postępowaniach przetargowych. Powołane przez Odwołującego okoliczności nie stanowią w tym żadnej przeszkody. Spółka jest pozytywnie weryfikowana przez publicznych zamawiających w postępowaniach przetargowych, w których bierze udział. Składa oferty i na ich podstawie zawiera umowy w sprawie zamówień publicznych.

Przystępujący wyjaśnił, że przed złożeniem oferty, niezależnie od własnych analiz zlecił opracowanie opinii prawnej, której wnioski pomogły mu podjąć w pełni świadomą i prawidłową decyzję co do sposobu wypełnienia dokumentu JEDZ w zakresie podstaw wykluczenia. (Opinia prawna prof. dr hab. P. N. z 09.09.2022r.).

Zdaniem Przystępującego, Odwołujący pominął okoliczność, że możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na wystąpienie jednej z przesłanek

wykluczenia zależna jest nie tylko od zaistnienia okoliczności określonych w stosowanych przepisach ustawy (przesłanka pozytywna), ale również od braku upływu okresu trzech lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, na co wskazuje przepis zp. Kumulatywne spełnienie obu tych przesłanek warunkuje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Przepis art. 1zp ogranicza możliwość wykluczenia wykonawców ze względu na upływ czasu. Przepis ten stanowi jedną z gwarancji realizacji zasad proporcjonalności i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W świetle prawa krajowego i unijnego nie sposób uznać za proporcjonalną sankcję dopuszczającą bezterminową możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy z uwagi na zaistnienie jednego, określonego zdarzenia podważającego jego rzetelność. Przepis art. 111 pkt 4 Pzp wyznacza okres maksymalny, w jakim może mieć miejsce wykluczenie wykonawcy z powodu danego zdarzenia, a upływ tego okresu powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia zaistniała. Po upływie trzyletniego okresu wskazanego zp rzetelność wykonawcy nie może być podważana z powodu zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Wskazuje na to także art. 57 ust. 7 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym „Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności (...)”.

Przepis art. 111 Pzp określa ramy czasowe trzyletniego okresu wykluczenia w przypadku zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis wskazuje na moment, w którym okres wykluczenia rozpoczyna swój bieg, tj. zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Moment końcowy określany jest zaś przez upływ trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zgodnie z art. 111 § 1 pkt 4 Pzp, który znajduje zastosowanie na mocy odesłania zawartego zp, termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca. Okres wykluczenia zakończy się zatem po trzech latach, z upływem dnia, który datą odpowiada początkowemu dniowi terminu - tj. dniowi, w którym zaistniało zdarzenie będące podstawą wykluczenia

Jak wskazuje się w doktrynie „Wykluczenie wykonawcy z postępowania za zaniechanie lub czynność, która została w przepisach ZP uznana za negatywną i świadczącą o utracie rzetelności przez wykonawcę, nie może mieć miejsca bezterminowo od wystąpienia danego zdarzenia. Tego typu sankcja byłaby nieproporcjonalna i niedająca możliwości uwzględnienia zmiany, jaka zaszła w prowadzeniu działalności przez wykonawcę. Stąd niezbędne jest określenie ustawowo terminu, w jakim wykonawca podlega wykluczeniu (...). Okres, w jakim nastąpi wykluczenie, został ustalony różnie dla różnych przesłanek wykluczenia. Stwierdzając zajście okoliczności wypełniających przesłanki, zamawiający musi określić czas, w jakim dane zdarzenie wystąpiło, oraz ustalić, czy upłynął okres wskazany w przepisach. Jeżeli okres ten upłynął, wykluczenie nie może nastąpić” (por. M. Stachowiak (w:) W. Dzierżanowski i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. WKP 2021; J. Jarnicka (w:) M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. C.H. Beck, 2021 r.), wskazując: „ZP (...) przewidziano pewnego rodzaju „zatarcie skazania” stosowane do oceny przesłanek wykluczenia. (...) Po upływie okresów, o których mowa ZP wykluczenie wykonawcy z powodu skazania nie będzie możliwe. Dotyczy to nie tylko przestępstw karnych, ale również innych zdarzeń, które zgodnie uZP stanowią podstawy wykluczenia”.

Dla prawidłowej wykładni przepisów, na które powołuje się Odwołujący zasadnicze znaczenie ma fakt, że przepisy te mają charakter stricte sankcyjny. Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 lub 109 ust. 1 pkt 5 Pzp oznacza dla wykonawcy bardzo dotkliwą karę, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres trzech lat. Sankcyjny charakter omawianych regulacji nakazuje ścisłą ich interpretację, w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Żadna z metod wykładni ww. przepisów nie może prowadzić do rozszerzenia zakresu ich zastosowania ponad wynikający ściśle z ich brzmienia. Zasada ta jest szczególnie znana na gruncie prawa karnego, gdzie w myśl zasady nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege podstawową dyrektywę wykładni przepisów prawa karnego stanowi nakaz interpretacji ścisłej (literalnej) wszystkich przepisów prawnych, tj. takiego odczytywania zwrotów językowych, aby nie odstąpić od jak najbardziej jednoznacznego sposobu rozumienia tekstu prawnego. Nakaz ścisłej wykładni przepisów o charakterze

sankcyjnym funkcjonuje we wszystkich dziedzinach prawa, także w odniesieniu np. do sankcji administracyjnych czy skarbowych.

Przepisy Pzp określają wyłącznie długość trwania okresów wykluczenia i nie zawierają regulacji, które pozwalałyby na zawieszenie czy przerwanie biegu okresu wykluczenia na skutek zaistnienia określonych zdarzeń. Upływ okresu wykluczenia następuje ex lege i powoduje, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania ustaje. Skoro Pzp nie zawiera żadnych regulacji umożliwiających przedłużenie tego okresu to z faktu, że okres wykluczenia upłynął w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie powinno się wywodzić dla wykonawcy negatywnych konsekwencji. W przeciwnym razie wykonawca zostałby wykluczony z postępowania za zdarzenie, wobec którego okres wykluczenia już upłynął. Upływ czasu działa w tym przypadku na korzyść wykonawcy w sposób obiektywny, niezależnie od okoliczności, czy akurat w tym momencie wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia czy też nie. Podmiot, wobec którego zaistniała podstawa do wykluczenia, po upływie wskazanego zp okresu, powinien być traktowany tak, jakby do zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie doszło.

Zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 na okres trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis ten nie wprowadza regulacji analogicznej do np. art. 111 pkt 2 tiret pierwsze, gdzie wskazuje się okres liczony od dnia uprawomocnienia się odpowiednio wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, wydania ostatecznej decyzji lub zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, chyba że w wyroku lub decyzji został określony inny okres wykluczenia.

Odwołujący upatruje podstaw wykluczenia Przystępującego w dwóch przepisach tj. art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp w oparciu o tę samą okoliczność faktyczną, tj. naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Tym samym w odniesieniu do obu podstaw, zarówno początek terminu „przedawnienia”, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp, jak i jego koniec są tożsame. Innymi słowy niezależnie od tego, czy zarzut odnosi się do przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 czy z art. 108 ust. 1 pkt 5 kluczowy dla ustalenia upływu terminu jest moment zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, w tym przypadku były to naruszenia przez Strabag § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFEU w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 r.

Z powyższych regulacji wynika, że w świetle zarówno art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, który odnosi się do „wiarygodnych przesłanek” jak i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, który odnosi się do „stosownych dowodów” nie istnieje wymóg, aby zdarzenie będące podstawą wykluczenia zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub decyzją. Powyższy pogląd potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 28.02.2022, KIO 296/22, wyrok KIO z 15.03.2022r. KIO 279/22).

Przystępujący wskazał, że w ocenie Trybunału przepis art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE upoważnia instytucje zamawiające do udowodnienia dowolnymi środkami wykroczenia zawodowego. Trybunał uznaje, że stwierdzenie takiego wykroczenia nie wymaga wyroku mającego powagę rzeczy osądzonej (tak: wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta, pkt 28, ECLI:EU:C:2012:801), sama decyzja krajowego organu stwierdzająca, że dany podmiot naruszył zasady konkurencji, może stanowić wskazówkę istnienia poważnego wykroczenia popełnionego przez ten podmiot (postanowienie z dnia 4 czerwca 2019 r. w sprawie C-425/18 Consorzio Nazionale Servizi Societa Cooperativa (CNS), pkt 32).

Z kolei, jak wskazał Trybunał w wyroku z dnia 15 września 2022 r. w sprawie C-416/21 Landkreis Aichach-Friedberg (pkt 51, ECLI:EU:C:2022:689), art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że fakultatywna podstawa wykluczenia określona w tym przepisie dotyczy sytuacji, w których istnieją wystarczające wiarygodne przesłanki pozwalające uznać, że wykonawcy zawarli porozumienie zakazane na mocy art. 101 TFUE. W tym kontekście należy uznać za zupełnie nieuprawnione twierdzenie Odwołującego, że dopiero decyzja sądu kartelowego jest „pierwszym i podstawowym tego typu dowodem”.

W doktrynie unijnego prawa zamówień publicznych wskazuje się, że wiarygodne przesłanki, do których odnosi się art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE (którego transpozycję stanowi art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), wymagają jedynie wysokiego uprawdopodobnienia, że doszło do naruszenia zakazu porozumień antykonkurencyjnych (zob. P. Friton, J. Zoll. [w:] R. Caranta (ed.), A. Sanchez-Graells (ed.), European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU, Edward Elgar Publishing 2021, s. 615). Decyzja sądu kartelowego na pewno wypełnia ww. wymóg, jednak zarówno regulacja unijnej

dyrektywy, jak i ustawy Pzp nie wskazuje, że taka decyzja jest wymagana do zastosowania przedmiotowej podstawy wykluczenia. Niektórzy przedstawiciele doktryny unijnego prawa zamówień publicznych wskazują, że art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE odnosi się wprost do sytuacji, gdy takie „skazanie” nie nastąpiło (zob. C. Risvig Hamer, [w:] M. Steinicke

(ed.), P. L. Vesterdorf (ed.), EU Public Procurement Law. Brussels Commentary, Nomos Verlagsgesellschaft 2018, s. 637-638).

W podobny sposób dyrektywa 2014/24/UE odnosi się do przesłanki uregulowanej w art. 57 ust. 4 lit. c), związanej z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych (tj. art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp) - jeśli zamawiający jest w stanie wykazać takie naruszenie, mimo braku ostatecznej decyzji sądowej lub administracyjnej, to jest uprawniony do zastosowania ww. podstawy wykluczenia (zob. P. Friton, J. Zoll. [w:] R. Caranta (ed.), A. Sanchez-Graells (ed.), European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU, Edward Elgar Publishing 2021, s. 613).

Okolicznością bezsporną w realiach sprawy jest fakt naruszenia przez Strabag AG w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 r. przepisów o ochronie konkurencji w zakresie § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 ust. 1 TFUE. W związku z tymi naruszeniami austriacki Sąd Antymonopolowy wydał decyzję o nałożeniu na Strabag AG oraz F. Lang u. K. Menhofer Baugesellschaft mbH & Co KG grzywny w wysokości 45,37 milionów Euro. Decyzja ta została wydana w oparciu o wniosek austriackiego Federalnego Urzędu Ochrony Konkurencji. Samo postępowanie poprzedzające wydanie decyzji zainicjowały wskazane wyżej spółki, tj. Strabag AG oraz F. Lang u. K. Menhofer Baugesellschaft mbH & Co KG.

Spółki te złożyły 02.07.2019 r. wniosek o skorzystanie z programu łagodzenia kar na podstawie § 11 b WettbG (austriackiej ustawy o konkurencji). Obie spółki współpracowały zgodnie z programem łagodzenia kar w pełni z austriackim Federalnym Urzędem Ochrony Konkurencji. Przekazywały Urzędowi wiele dokumentów i kluczowych dla sprawy dowodów. Uznały ustalony przez Urząd stan faktyczny za bezsporny i zaakceptowały zaproponowany wymiar kary grzywny. Dowód: Potwierdzenie złożenia w dniu 02.07.2019r. wniosku o wszczęcie postępowania zgodnie z § 11 b ustawy o konkurencji wraz tłumaczeniem na język polski.

Za nieuprawnione uznać należy twierdzenie Odwołującego, że „wiarygodne przesłanki do stwierdzenia przez zamawiającego, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, ujawniły się najwcześniej z decyzją AFCA (przyp. przystępującego: austriackiego Federalnego Urzędu Ochrony Konkurencji) o zawniaskowaniu do sądu kartelowego o nałożenie stosownej kary” (pkt 38 Odwołania), skoro Strabag AG przystąpił dobrowolnie do programu łagodzenia kar.

Podstawą prawną programu łagodzenia kar są przepisy § 11b austriackiej ustawy o konkurencji. Zgodnie z § 11b ust. (1) tego przepisu Federalny Urząd Ochrony Konkurencji może odstąpić od żądania nałożenia grzywny na przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw, które:

1. zakończyły swój udział w naruszeniu przepisów, chyba że Federalny Urząd ds. Konkurencji, kierując się rozsądkiem, jest zdania, że kontynuacja naruszenia jest konieczna dla zachowania rzetelności prowadzonego przez niego dochodzenia,
2. następnie współpracowały z Federalnym Urzędem Ochrony Konkurencji zgodnie z prawdą, niezwłocznie i bez ograniczeń w celu pełnego wyjaśnienia wszystkich aspektów sprawy, jak również przedłożyły wszystkie dowody dotyczące podejrzenia naruszenia, które znajdują się w ich posiadaniu lub którymi dysponują, oraz - przynajmniej do momentu poinformowania przez Federalny Urząd Ochrony Konkurencji przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw uczestniczących w naruszeniu o wynikach postępowania wyjaśniającego zgodnie z § 13 ust. 2 - nie ujawniały faktu ani treści wniosku o wszczęcie postępowania zgodnie z niniejszym przepisem, chyba że Federalny Urząd Ochrony Konkurencji postanowi inaczej,
3. a) jako pierwsze przekazały Federalnemu Urzędowi Ochrony Konkurencji informacje i dowody, które umożliwiają mu niezwłoczne złożenie uzasadnionego wniosku zgodnie z § 12 ust. 1 dotyczącego podejrzenia naruszenia § 1 ustawy o kartelach z 2005 roku lub art. 101 (1) TFUE, lub
b) jako pierwsze przekazały Federalnemu Urzędowi Ochrony Konkurencji wszelkie dodatkowe informacje i dowody, które - jeżeli uzyskały już z innych źródeł wystarczające informacje i dowody do złożenia wniosku o nakaz przeszukania pomieszczeń - umożliwiają natychmiastowe złożenie uzasadnionego wniosku zgodnie z § 36 ust. 1a ustawy o kartelu z 2005 roku do Sądu Kartelowego,

4. nie zmuszały żadnych innych przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw do udziału w naruszeniu.

W przypadku, gdy Federalny Urząd Ochrony Konkurencji złoży wniosek o nałożenie grzywny na co najmniej jednego uczestnika naruszenia § 1 ustawy o kartelach z 2005 r. lub art. 101 TFUE, składa on wniosek o ustalenie na podstawie § 28 ust. 1a Ustawy o kartelach z 2005 r. przeciwko przedsiębiorstwu, w stosunku do którego Federalny Urząd Ochrony Konkurencji odstępuje od żądania nałożenia kary pieniężnej zgodnie z ust. 1 punkt 3 (a) lub (b).

Zgodnie z § 11b ust. (2) WettbG Federalny Urząd Ochrony Konkurencji może wystąpić z wnioskiem o nałożenie zmniejszonej grzywny na przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw, które nie spełniają wymogów określonych w § 11 b ust. (1) pkt 3 lit. a) lub b), jeśli spełnione są pozostałe wymogi (pkt 1, 2 i 4). W celu zakwalifikowania się do zmniejszenia grzywny należy przedłożyć Federalnemu Urzędowi Ochrony Konkurencji informacje i dowody dotyczące podejrzanego naruszenia, które stanowią istotną wartość dodaną w stosunku do informacji i dowodów będących już w posiadaniu Federalnego Urzędu Ochrony Konkurencji. Przy określaniu zakresu zmniejszenia grzywny uwzględnia się czas, w którym przedstawiono dodatkowe informacje i dowody, jak również zakres wartości dodanej w odniesieniu do już dostępnych informacji.

W § 11b ust. (3) WettbG wskazano, że jeżeli przedsiębiorstwo lub związek przedsiębiorstw chce skorzystać z przepisów § 11 b ust. (1) lub ust. (2) Federalny Urząd Ochrony Konkurencji w odpowiednim terminie ogłosi w niewiążącym pisemnym oświadczeniu, czy zamierza zastosować te przepisy. Jeżeli Federalny Urząd Ochrony Konkurencji nie uzna, że spełnione zostały warunki konieczne do całkowitego umorzenia grzywny, wniosek złożony zgodnie z § 11 b ust. (1) należy uznać za wniosek o zmniejszenie grzywny zgodnie z § 11 b ust. (2). Federalny organ ds. konkurencji informuje Federalnego Prokuratora Kartelowego o zamiarze złożenia wniosku o zwolnienie z grzywny lub zmniejszenie grzywny.

Zgodnie z podręcznikiem programu łagodzenia kar, jednym z kluczowych zadań Federalnego Urzędu Ochrony Konkurencji jest egzekwowanie zakazu karteli określonego w art. 1 austriackiej ustawy o kartelach z 2005 r. (KartG) oraz w art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Federalny Urząd ds. Konkurencji może odstąpić od żądania nałożenia grzywien lub może wystąpić o ich zmniejszenie (§ 11 ust. 3 i 4 WettbG) w przypadku przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw, które dzięki współpracy przyczyniają się do wykrycia naruszeń § 1 KartG lub art. 101 TFUE. W programie łagodzenia kar określono warunki, w których należy przyznać zwolnienie z grzywien lub ich zmniejszenie. Aby Urząd mógł złożyć wniosek o obniżenie grzywien, przedsiębiorstwo musi przedłożyć informacje i dowody dotyczące domniemanego naruszenia, które stanowią istotną wartość dodaną (§ 11 ust. 4 zdanie 2 WettbG) w odniesieniu do dowodów będących już w posiadaniu organu w momencie składania wniosku. Warunkiem skorzystania z programu łagodzenia kar jest co najmniej zaniechanie naruszeń, podjęcie współpracy z organami oraz „niezmuszanie” innych przedsiębiorstw do popełniania naruszeń. Dowód: Podręcznik programu łagodzenia kar Federalnego Urzędu Ochrony Konkurencji wraz z tłumaczeniem na język polski.

W stanie faktycznym sprawy Strabag AG niezwłocznie po uzyskaniu informacji o naruszeniach, z własnej inicjatywy podjęła współpracę z Federalnym Urzędem Ochrony Konkurencji. Powyższe okoliczności, w tym zastosowanie wobec Strabag AG programu łagodzenia kar potwierdzają ustalenia Sąd Kartelowy. W Decyzji z 21.10.2021r. wskazano, m. in: „Po tym, jak w 2017 r. zostały przeprowadzone u oskarżonych przeszukania, złożyły one w dn. 02.07.2019 wniosek o wszczęcie postępowania zgodnie z § 11b WettbG i od tego czasu nieprzerwanie współpracowały z Wnioskodawcą w rozumieniu programu świadków koronnych. W dn. 10.02.2021 r. na podstawie § 13 ust. 1 WettbG oskarżonym została przekazana skarga wraz z załącznikami. Od tej pory oskarżone przekazały Wnioskodawcy wiele dokumentów i 21.06.2021 r. potwierdziły, że nie kwestionują stanu faktycznego przedstawionego przez Wnioskodawcę i akceptują proponowaną karę grzywny”.

„Po przeszukaniach dokonanych przez wnioskodawcę na podstawie § 12 ust. 1 WettbG na początku 2017 r. u oskarżonych jak też po przeszukaniach prokuratury ds. gospodarczych i korupcyjnych w wielu miejscach działalności pierwszej oskarżonej, obie oskarżone złożyły w dn. 02.07.2019 wniosek o wszczęcie postępowania na podstawie § 11 b WettbG. Obie oskarżone współpracowały zgodnie z programem świadków koronnych w pełni z wnioskodawcą. Przekazywały wnioskodawcy wiele dokumentów i dowodów. W dn. 21.06.2021 uznały ustalony przez wnioskodawcę stan faktyczny za bezsporny i zaakceptowały zaproponowany wymiar kary grzywny”. Dowód: Decyzja Sądu Antymonopolowego z 21.10.2021r. wraz z uzasadnieniem oraz tłumaczeniem na język polski.

W oparciu o wskazane wyżej przesłanki złagodzenia kary, Sąd potwierdził zastosowanie wobec Strabag AG nadzwyczajnego złagodzenia grzywny. Z należnej grzywny w wysokości 245,3 milionów euro, spółka została obciążona kwotą 45,37 milionów euro. „Zgodnie z § 30 ust. 3 KartG, okolicznością łagodzącą jest w szczególności, jeżeli przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców:

1. brał udział tylko w niewielkim stopniu w jednym z kilku popełnionych naruszeń
2. zaprzestał naruszenia prawa z własnej inicjatywy
3. przyczynił się w znacznym stopniu do wyjaśnienia kwestii naruszenia prawa
4. naprawił w całości lub w części szkody wyrządzone przez naruszenie prawa.

Okoliczność obciążająca oskarżone, jaką jest ich wiodący udział w naruszeniu, jest równoważona przez okoliczność łagodzącą, jaką jest to, że oskarżone w znacznym stopniu przyczyniły się do wyjaśnienia kwestii naruszenia prawa i złożyły wyjaśnienia. Ustalając wysokość wnioskowanej kary pieniężnej, wnioskodawca uwzględnił następujące kwestie:

Ponieważ większość przedmiotowych inwestycji budowlanych dotyczy budowy dróg, to jako punkt wyjściowy obliczeń został przyjęty obrót osiągnięty przez oskarżone w roku 2016 w tym obszarze działalności na terenie Austrii w wysokości ok. 371 milionów Euro. Na podstawie kwoty podstawowej, która odzwierciedla zasięg regionalny i czasowy, a także osobiste zaangażowanie na poziomie przedsiębiorstwa w całość naruszenia, oraz stosując mnożnik za czas trwania naruszenia od 2002 r. do 2017 r., wnioskodawca obliczył kwotę 245,3 mln euro. Następnie wnioskodawca uwzględnił odliczenia z uwagi na wyjątkowo szeroką współpracę oskarżonych w charakterze świadka koronnego oraz z uwagi na polubowne zakończenie postępowania. Jako okoliczność łagodzącą zostało potraktowane wprowadzenie certyfikowanego systemu compliance w połączeniu z nowoczesnym

systemem monitoringu. Mając na uwadze powyższe, wnioskodawca wnosił o karę grzywny w wysokości 45,37 milionów euro.

Nie podlegało rozważeniu, czy możliwa byłaby wyższa kara grzywny niż wnioskowana, ponieważ zgodnie z § 36 ust. 2 ostatnie zdanie KartG sąd antymonopolowy nie może nałożyć wyższej kary grzywny niż wnioskowana.”

Ustalenia faktyczne Decyzji Sądu Antymonopolowego potwierdzają fakt uprzedniej współpracy Strabag AG z odpowiednimi organami w toku postępowania, co najmniej od 02.07.2019 r., w tym dostarczenie dowodów, przyznanie się do winy, zaprzestanie naruszeń i oraz podjęcie działań prewencyjnych, tak aby w przyszłości nie dochodziło do naruszeń.

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, należy uznać, że w realiach niniejszej sprawy najpóźniej w momencie złożenia przez Strabag AG wniosku o objęcie programem złagodzenia kar (02.07.2019 r.) został potwierdzony fakt zaistnienia naruszeń jak również ich zaprzestanie, tj. zdarzeń stanowiących przesłankę wykluczenia z postępowania, zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz czy 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Tym samym 3 letni termin, o którym mowa w art. 11 pkt 4 Pzp upłynął najpóźniej w dniu 02.07.2022r. Przystępujący tym samym nie był zobowiązany notyfikować okoliczności związanych w naruszeniami w dokumencie JEDZ.

Z daleko idącej ostrożności, odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, Przystępujący oświadczył, że nie kwestionuje, iż naruszenie reguł konkurencji może być traktowane jako naruszenie obowiązków zawodowych.

Nie można jednak nie zauważyć, że Odwołujący cytuje tezy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, pomijając te części wyroków, które są dla niego niekorzystne. Zgodnie z unijnym prawem zamówień publicznych, nawet stwierdzenie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych nie oznacza bowiem automatycznego wykluczenia wykonawcy, chociażby ze względu na konieczność oceny możliwości wykluczenia wykonawcy na tej podstawie z perspektywy zasady proporcjonalności, fundamentalnej nie tylko z perspektywy prawa zamówień publicznych, lecz również całego unijnego porządku prawnego oraz konstytucyjnego porządku krajowego.

W cytowanym przez Odwołującego wyroku z dnia 18 grudnia 2014 r. w sprawie C-470/13 Generali-Providencia (ECLI:EU:C:2014:2469), Trybunał orzekł, że artykuły 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie sprzeciwiają się stosowaniu uregulowania krajowego wykluczającego z uczestnictwa w postępowaniu przetargowym podmiot gospodarczy, który popełnił wykroczenie w świetle prawa konkurencji, za które to wykroczenie nałożona została na niego

grzywna. Trybunał wskazał jednak, że w sytuacji, w której zamówienie publiczne nie jest objęte zakresem stosowania dyrektyw zamówieniowych (przedmiotowa sprawa dotyczyła zamówienia, które nie było objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/18/WE) z uwagi na brak osiągnięcia właściwych progów, to zamówienie to podlega podstawowym i ogólnym zasadom tego traktatu, o ile zamówienie posiada transgraniczne znaczenie (pkt 27). Do takich zasad należy niewątpliwie zasada proporcjonalności, uregulowana nie tylko w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, lecz także w art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i - przede wszystkim - w art. 5 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej.

Istota zasady proporcjonalności sprowadza się do tego, że działania podejmowane przez określony podmiot, zmierzające do osiągnięcia konkretnego celu, nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla jego osiągnięcia, wobec czego muszą być proporcjonalne w stosunku do zamierzonego celu (zob. J. Galster (red.), Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony, Toruń 2010, TNOiK, s. 280). Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jednoznacznie wynika, że spełnienie zasady proporcjonalności jest dwustopniowym procesem: po pierwsze, należy stwierdzić, czy przyjęty środek jest zdalny do realizacji zamierzonego celu, po drugie zaś, należy sprawdzić, czy przyjęty środek nie wykracza poza to, co jest konieczne do jego osiągnięcia (tak m.in. wyrok Trybunału z dnia 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01 British American Tobacco, pkt 122, ECLI:EU:C:2002:741; wyrok Trybunału z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-210/00 Kaserei Champignon Hofmeister, pkt 59, ECLI:EU:C:2002:440; wyrok Trybunału z dnia 7 grudnia 1993 r. w sprawie C-339/92 ADM Olmühlen, pkt 15, ECLI:EU:C:1993:917; wyrok Trybunału z dnia 18 listopada 1987 r. w sprawie C-137/85 Maizena, pkt 15, ECLI:EU:C:1987:493). Zasada ta została zaczerpnięta do prawa Unii Europejskiej z niemieckiego porządku prawnego, gdzie jest częścią zasady Verhältnismäßigkeit (podobnie, jak w austriackim porządku prawnym), oraz francuskiego porządku prawnego, gdzie jest znana jako le bilan coût-avantage (szerzej: J. Barcik (red.), R. Grzeszczak (red.), Prawo Unii Europejskiej, Warszawa 2022, wyd. C.H. Beck, s. 112).

Wynika z tego niezaprzeczalny fakt, że niezależnie od tego, czy dane zamówienie publiczne jest objęte zakresem tzw. dyrektyw zamówieniowych, czy też jest jedynie zamówieniem objętym reżimem krajowego prawa zamówień publicznych, do wykluczenia wykonawcy z uwagi na poważne naruszenie obowiązków zawodowych ma zastosowanie zasada proporcjonalności, a zatem takie wykluczenie nie może następować automatycznie.

Powyższą argumentację potwierdza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zacytowane przez Odwołującego.

W postanowieniu z dnia 4 czerwca 2019 r. w sprawie C-425/18 Consorzio Nazionale Servizi Societa Cooperativa (CNS), Trybunał wyraźnie wskazał, że: „decyzja krajowego organu ochrony konkurencji stwierdzająca naruszenie zasad konkurencji nie może powodować automatycznego wykluczenia podmiotu gospodarczego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W rzeczywistości bowiem zgodnie z zasadą proporcjonalności stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia zawodowego” wymaga co do zasady dokonania konkretnej i indywidualnej oceny stosunku danego podmiotu gospodarczego” (pkt 34, ECLI:EU:C:2019:476). Dlatego też Trybunał uznał, że każdy zamawiający powinien mieć możliwość dokonania w sposób autonomiczny takiego naruszenia w celu ewentualnego wykluczenia podmiotu gospodarczego, który się go dopuścił, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (pkt 35).

Na marginesie Przystępujący wskazał, że w podsumowaniu stanu faktycznego, będącego przedmiotem postępowania głównego przed regionalnym sądem administracyjnym dla Piemontu, który skierował pytanie prejudycjalne do Trybunału, Trybunał nie stwierdził „wprowadzenia w błąd zamawiającego” przez wykonawcę (którym był CNS, a nie GTT - por. s. 11 Odwołania, pkt 27), jak sugeruje Odwołujący (pkt 27 Odwołania, s. 12), a jedynie: „po pierwsze, brak zaznaczenia w aktach uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie danego zamówienia, iż był przedmiotem postępowania w celu nałożenia sankcji przed AGCM, oraz po drugie, że nie przyjęła środków w celu usunięcia uchylecia w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w taki sposób, że powód wykluczenia nie zniknął po wszczęciu tego postępowania” (pkt 12 postanowienia Trybunału).

Z kolei z drugiego wskazywanego przez Odwołującego orzeczenia, tj. wyroku Trybunału z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie C-171/15 Connexion Taxi Services BV (ECLI:EU:C:2016:948) jednoznacznie wynika, że jedynie zastrzeżenie w warunkach zamówienia (zgodnie z prawem krajowym), że wykonawca musi zostać obowiązkowo wykluczony, bez brania pod uwagę proporcjonalności tej sankcji, może uzasadniać brak stosowania zasady proporcjonalności (pkt 41-44).

Przystępujący podkreślił, że w doktrynie unijnego prawa zamówień publicznych nie ma żadnych wątpliwości, że każda możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie jednej z fakultatywnych przesłanek wykluczenia musi uwzględniać proporcjonalność takiego działania

(tak m.in. H-J. Preiss, The Rules on Exclusion and Self-Cleaning Under the 2014 Public Procurement Directive, Public Procurement Law Review 2014 (3), s. 112-113; P. Bogdanowicz, The Application of the Principle of Proportionality to Modifications of Public Contracts, European Procurement & Public Private Partnership Law Review 2016, no. 3, s. 197).

Przystępujący zauważył, że słusznie wskazuje Odwołujący, że omawiane podstawy wykluczenia dotyczą wiarygodności wykonawcy. Jednak owa wiarygodność musi być oceniana z perspektywy zasady proporcjonalności. Jak wskazał Rzecznik Generalny M. C.

S.-B. w opinii z dnia 11 lipca 2019 r. w sprawie C-395/18 Tim SpA (pkt 77 ppkt 2, ECLI:EU:C:2019:595): „podejmując decyzję o wykluczeniu, instytucja zamawiająca musi być uprawniona do oceny, w każdym przypadku, proporcjonalności tego środka, biorąc pod

uwagę wszystkie występujące okoliczności, aby ocenić wiarygodność oferenta (...)”. Wiarygodność wykonawcy jest elementem, na którym opiera się zaufanie zamawiającego do wykonawcy. Zgodnie z celem art. 57 dyrektywy 2014/24/UE zamawiający powinien mieć swobodę oceny tego elementu (tj. wiarygodności wykonawcy) i niekoniecznie ta ocena musi być związana oceną innych organów publicznych (tak: opinia Rzecznika Generalnego M. C.

S.-B. z dnia 8 maja 2019 r. w sprawie C-267/18 Delta Antrepriza, pkt 30, ECLI:EU:C:2019:393). Zatem, wyłączenie do zamawiającego należy ocena okoliczności związanych z naruszeniem reguł konkurencji - i ich konsekwencji, a także dalszych działań wykonawcy już po zaprzestaniu ich naruszania - aby, z punktu widzenia zasady proporcjonalności, uzasadnić ewentualne wykluczenie wykonawcy, lub też jego brak.

Powyższe potwierdza także ustawa Pzp, która w przepisie art. 109 ust. 3 wprost wskazuje, że w sytuacji określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Należy podkreślić, że sam przepis art. 111 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 na okres trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, stanowi emanację zastosowania przez ustawodawcę zasady proporcjonalności. Jeśli wykonawca ponad trzy lata nie podejmuje żadnych działań ani nie uczestniczy w żadnych zdarzeniach, które mogłyby być podstawą wykluczenia, to oznacza, że jego wiarygodność, wraz z upływem czasu, została przywrócona i nie ma obecnie podstaw do jej kwestionowania.

W przedmiotowej sprawie nie zaszyły podstawy do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp również dlatego, że to, że istnieje ogólna zasada odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów nie odbiera prawa do oczekiwania, aby zamawiający, czy też instytucje kontrolne (KIO czy Sąd Okręgowy) przed podjęciem decyzji o tak znamiennej skutkach jak wykluczenie wykonawcy, dogłębnie pochyliły się nad odpowiedzialnością indywidualną poszczególnych członków konsorcjum. Kwestia ta była przedmiotem rozważań m.in. Sądu Najwyższego Litwy, który widząc ważkość zagadnienia prawnego zadał pytanie prejudycjalne do TSUE. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 7 września 2021 r. w sprawie C-927/19 Klaipedos regiono (ECLI:EU:C:2021:700) wskazał, że nie jest możliwa „zbiorowa odpowiedzialność” członków konsorcjum za dostarczanie poszczególnych informacji weryfikowanych przez zamawiającego. Trybunał wyraźnie podkreślił, że zasada proporcjonalności wymaga od zamawiających dokonania konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego podmiotu - w szczególności, jeżeli wykluczenie przewidziane przez uregulowania krajowe dotyczy wykonawcy z powodu naruszenia popełnionego nie bezpośrednio przez niego, lecz przez inny podmiot, wobec którego nie dysponuje żadnym środkiem kontroli (pkt 156-157).

II. Zarzut nienależytego wykonania umowy oraz naruszenia obowiązków zawodowych przez Strabag Sp. z o.o., a także wprowadzenia w błąd Zamawiającego w odniesieniu do Umowy z dnia 28.06.2017r. w przedmiocie zadania inwestycyjnego „Budowa Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów w miejscowości Piaski Bankowe”

Odwołujący oparł żądanie wykluczenia Przystępującego z postępowania na przesłankach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz dodatkowo art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W realiach analizowanej sprawy nie wystąpiła żadna z przesłanek wykluczenia, na które powołuje się Odwołujący, za przesłankę taką nie sposób uznać okoliczności związanych z odstąpieniem od umowy.

Podobnie jak w odniesieniu do zarzutów dotyczących Strabag AG, również w zarzutach stawianych Strabag Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Odwołujący pominął przesłankę negatywną, jaką jest upływ terminu, o którym mowa w przepisie art. 111 pkt 4 Pzp. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania przystępującego zawarte w

pierwszej części niniejszego pisma dotyczącej wniosku o wykluczenie z postępowania Strabag AG.

Odwolujący pominął w swoich wywodach okoliczność, że wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 10.12.2021r. (sygn. akt I AGa 134/21). ten został zaskarżony przez Strabag Sp. z o.o. skargą kasacyjną. Aktualnie sprawa zawisła przed Sądem Najwyższym pod sygnaturą I

CSK 4246/22 i oczekuje na rozpoznanie.

Przystępujący podał, że przedmiotem postępowania, którego dotyczył wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 10.12.2022r. są roszczenia dochodzone przez Strabag Sp. z o.o. wobec Związku Międzygminnego Bzura. Innymi słowy stroną powodową w tym postępowaniu jest Strabag Sp. z o.o. a pozwanym Związek Międzygminny Bzura. Ustalenia faktyczne i wyrok Sądu Apelacyjnego odnoszą wyłącznie do tych roszczeń, a nie jakichkolwiek innych roszczeń, jakie mogłoby potencjalnie przysługiwać Zamawiającemu od Strabag Sp. z o.o. Przedmiotem sprawy nie są jakiegokolwiek roszczenia Zamawiającego, w szczególności zaś roszczenia odszkodowawcze.

Przystępujący wyjaśnił, że Zamawiający - Związek Międzygminny Bzura nigdy nie wystąpił wobec Strabag Sp. z o.o. z roszczeniami dotyczącymi odszkodowania z tytułu rzekomej utraty dofinansowania czy pożyczki. Zarzuty formułowane przez Odwołującego nie zostały oparte na jakichkolwiek podstawach faktycznych ani dowodach. Z informacji posiadanych przez Przystępującego wynika, że Zamawiający złożył pozew przeciwko Skarbowi Państwa o odszkodowanie z uwagi na to, że decyzja Wojewody Łódzkiego o uchyleniu decyzji o pozwoleniu na budowę została następnie uchylona przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi. Za niemożność realizacji przedmiotu umowy odpowiada Wojewoda Łódzki (Skarb Państwa), który niezasadnie wydał decyzję o uchyleniu decyzji o

pozwoleniu na budowę. Postępowanie w tym zakresie pomiędzy Związkiem Międzygminnym Bzura a Skarbem Państwa toczy się aktualnie przed Sądem Okręgowym w Łodzi, II Wydział Cywilny (sygn. akt II C 1848/19).

Zarzuty Odwołującego nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia w przedłożonych dokumentach ani stanie faktycznym sprawy. Pomędzy Strabag Sp. z o.o. a Związkiem Międzygminnym Bzura nie toczy się jakiegokolwiek postępowanie o zapłatę odszkodowania. Nie jest prawdą, jakoby Związek poniósł szkodę z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Strabag Sp. z o.o. Jak wyżej wskazano w tym zakresie Zamawiający nigdy nie występował z jakimikolwiek roszczeniami odszkodowawczymi wobec przystępującego.

Powyższe okoliczności przystępujący podaje z daleko idącej ostrożności, albowiem w odniesieniu do przytoczonych w odwołaniu okoliczności faktycznych zaistniała przesłanka negatywna, tj. upłynął 3 letni termin, o którym mowa w art. 111 pkt 4 PZP. Przed upływem tego terminu Strabag Sp. z o.o. ujawniał informację w analizowanym zakresie w dokumencie JEDZ w postępowaniach, w których Zamawiający wskazywali na tę przesłankę wykluczenia. Dowód: dokument JEDZ złożony w dniu 05.01.2021r. przez Strabag Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA „Projekt i budowa autostrady A2 Warszawa - Kukuryki

Dokument JEDZ złożony w dniu 09.12.2020r. przez Strabag Sp. z o.o. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Gdańska „Budowa trasy tramwajowej od skrzyżowania Jabłoniowa/Warszawska do Al. Vaclava Havla wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach zadania: „Budowa ulicy Nowej Warszawskiej w Gdańsku”

Przystępujący przekazywał informacje w tym zakresie z ostrożności, jedynie ze względu na sposób sformułowania pytania w JEDZ. Przystępujący każdorazowo zaznaczał, że nie ponosi odpowiedzialności za wcześniejsze rozwiązanie, stąd też nie przeprowadza procedury self cleaningu.

Jak wynika z powyższych informacji nieco ponad miesiąc po tym, jak w dniu 12.12.2017r. Strabag Sp. z o.o. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, Zamawiający również złożył niejako konkurencyjne oświadczenie o odstąpieniu od tej umowy. Dowód: oświadczenie Związku Międzygminnego Bzura z 18.01.2018r. wraz z notą obciążeniową.

Pismem o odstąpieniu z 18.01.2018r. Zamawiający obciążył dodatkowo wykonawcę karą umowną, co Strabag Sp. z o.o. konsekwentnie ujawniał w przebiegu postępowań przetargowych. Po upływie tego terminu, tj. po 18.01.2021r. nie istniał już obowiązek przekazywania w dokumencie JEDZ informacji związanych z wcześniejszym rozwiązaniem umowy, czy nałożeniem przez Zamawiającego kary umownej. Co istotne w okresie przed 18.01.2021r. informacje w tym zakresie były każdorazowo przekazywane Zamawiającym w toku postępowań przetargowych i były one wielokrotnie pozytywnie weryfikowane.

Postępowanie sądowe, co do którego spekuluje Odwołujący dotyczy pozwu o zapłatę kary umownej w związku z odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego w dniu 18.01.2018r. Pozew ten złożony z końcem grudnia 2020r. został doręczony przystępującemu 20.01.2021r., tj. już po upływie 3 letniego terminu liczonego od zdarzenia będącego ewentualną podstawą wykluczenia, tj. po złożeniu przez Związek Międzygminny oświadczenia o odstąpieniu od umowy i nałożeniu na wykonawcę kary umownej. Tym samym nie istnieje jurystyczny obowiązek publikowania informacji w tym zakresie w dokumentach JEDZ. Dowód: Pozew o zapłatę wraz z numerem przesyłki oraz informacją o terminie doręczenia odpisu pozwu Strabag Sp z o.o.

Określając moment zaistnienia zdarzenia, od którego rozpoczyna bieg okres wykluczenia wskazany ZP, niezależnie od orzeczeń wskazanych w części I niniejszego pisma należy przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 sierpnia 2020 r., sygn. akw którym Izba stwierdziła, iż termin 3 lat, o którym mowa w ZP należy liczyć od pierwszego zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, gdyż odmienny sposób liczenia terminu może spowodować niepewność po stronie wykonawcy, co do terminu, w jakim będzie mógł być wykluczony z postępowań. W orzeczeniu tym kolejny raz podkreślono fakt, że sankcja wykluczenia wykonawcy z postępowania jest jedną z najbardziej dotkliwych, jakich może doznać wykonawca w postępowaniu, dlatego też winna być interpretowana ściśle, nie dając możliwości nadinterpretacji. W rozpoznawanej sprawie Izba przyjęła za moment zaistnienia zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia, o którym mowa w ZP - datę pisma informującego wykonawcę o odstąpieniu od umowy oraz wzywającego do zapłaty kar umownych. Sama data złożenia oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy oraz obciążeniu wykonawcy karami umownymi była okolicznością bezsporną pomiędzy stronami, sporna była zasadność odstąpienia i wysuwanych roszczeń.

Mając to na względzie Izba stwierdziła, że okres wykluczenia Odwołującego za ewentualnie nierzetelną realizację ww. umów upłynął odpowiednio po upływie 3 lat od chwili podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odstąpieniu od umowy i założenia oświadczenia w tym zakresie.

Uwzględniając argumentację przedstawioną w niniejszym piśmie, za bezzasadne uznać należy zarzuty Odwołującego odnoszące się do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, tj. zarzucone naruszenia art. 109ust. 1 pkt 8 i 10.

W toku posiedzenia strony i uczestnik postępowania odwoławczego złożyli następujące oświadczenia:

Odwołujący cofnął zarzuty przedstawione w odwołaniu w pkt 5, 6 i 7 dotyczące podstaw wykluczenia członka Konsorcjum Strabag, tj. firmy Strabag Sp. z o.o.

Zamawiający nie składał do akt sprawy odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów, które nie zostały wycofane przez Odwołującego.

Przystępujący, Konsorcjum Strabag, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów, które nie zostały przez Odwołującego wycofane.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca: STECOL CORPORATION z siedzibą w Tianjin (Chiny) skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach konsorcjum: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Strabag AG z siedzibą w Spittal an der Drau, (Austria) skutecznie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Obaj Przystępujący wykonawcy przystąpili do postępowania odwoławczego, wypełniając przesłanki określone w art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Uwzględniając okoliczność, że Odwołujący cofnął na posiedzeniu część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba, na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w następującym zakresie:

1. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której Strabag sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po swojej stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał umowy o zamówienia publiczne na budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych, zawartej ze Związkiem Międzygminnym „Bzura” w Łowiczu, co skutkowało wypowiedzeniem/ odstąpieniem od umowy/ naliczeniem Strabag sp. z o.o. odszkodowania (kary

umownej), co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp;

2. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której Strabag sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania w związku z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, polegającym na niewykonaniu umowy o zamówienie publiczne na budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych, z uwagi na bezpodstawne (z przyczyn, które - w ocenie Odwołującego - rzutują na uczciwość i wiarygodność wykonawcy) i nieskuteczne odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego ze Związkiem Międzygminnym „Bzura” w Łowiczu (zamawiającym), co też w dniu 10 grudnia 2021 roku zostało stwierdzone w prawomocnym wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi;

3. naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (wprowadził w błąd/zataił informacje) poprzez ukrycie, iż Strabag sp. z o.o. z przyczyn leżących po swojej stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał umowy o zamówienie publiczne na budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych, zawartej ze Związkiem Międzygminnym „Bzura” w Łowiczu, co skutkowało wypowiedzeniem/ odstąpieniem

od umowy/naliczeniem Strabag sp. z o.o. odszkodowania (kary umownej), co z uwagi na bezpodstawność i nieskuteczność odstąpienia przez Strabag sp. z o.o. oraz motywację tego wykonawcy kwalifikuje się również jako zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

W zakresie pozostałych zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania. Zamawiający błędnie wybrał ofertę Konsorcjum Strabag jako najkorzystniejszą, która powinna podlegać odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego, popełnienie poważnego wykroczenia zawodowego oraz zawarcie porozumienia z innymi wykonawcami mającego na celu zakłócenie konkurencji. Z uwagi na powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Strabag jako najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Strabag, z uwagi na fakt, że członek Konsorcjum - spółka Strabag AG, a w konsekwencji Konsorcjum Strabag podlega wykluczeniu z postępowania.

Izba dopuściła dowody przedłożone przez Odwołującego w załączeniu do odwołania i złożone na rozprawie oraz przedłożone przez Przystępującego wraz z pismem procesowym

z dnia 23 listopada 2022 r. z wyłączeniem pism, które zostały złożone w języku niemieckim bez tłumaczenia na język polski.

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w pkt 9.2 SWZ w przedmiotowym postępowaniu zastosowanie mają fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy określone w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 Pzp. Podkreślić należy, że jeżeli Zamawiający dopuścił w danym postępowaniu badanie wykonawców pod kątem fakultatywnych przesłanek wykluczenia, ma on obowiązek przeprowadzić stosowną weryfikację i nie może od niej odstąpić.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w ramach Konsorcjum Strabag, tj. Strabag sp. z o.o. i Strabag AG złożyli ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Obaj członkowie Konsorcjum złożyli w ofercie m.in. oświadczenia JEDZ.

Wykonawca Strabag AG w dokumencie JEDZ, w odpowiedzi na pytanie, czy zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz czy jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udzielił przeczącej odpowiedzi „Nie”.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, w której podlega on wykluczeniu w związku z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych przez Strabag AG co podważa jego uczciwość, z uwagi na uznanie przez Austriacki Sąd Kartelowy („ASK”), a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji („AFCA”), że Strabag AG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej („KartG”) oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było - zgodnie z informacją AFCA - ukaranie Strabag AG karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, 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.

Na wstępie należy wskazać, że Przystępujący oświadczył, że nie kwestionuje, iż naruszenie reguł konkurencji może być traktowane jako naruszenie obowiązków zawodowych. Przystępujący potwierdził także, że okolicznością bezsporną w realiach tej sprawy jest fakt naruszenia przez Strabag AG w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 r. przepisów o ochronie konkurencji w zakresie § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 ust. 1 TFUE.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. c) Dyrektywy PE i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. W wyrokach z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 27), oraz z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztosrtó (C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 35), Trybunał wyjaśnił, że pojęcie „wykroczenia zawodowego” obejmuje każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu gospodarczego, jego integralność lub niezawodność, oraz że popełnienie wykroczenia konkurencyjnego, w szczególności wówczas gdy owo wykroczenie zostało ukarane grzywną, stanowi powód wykluczenia objęty art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18. Zatem, pojęcie „poważne wykroczenie” należy rozumieć jako odnoszące się zazwyczaj do zachowania danego podmiotu gospodarczego, które wykazuje zawiniony zamiar lub zaniedbanie z jego strony o określonej wadze (wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 30). W wyroku tym Trybunał wskazał również, że art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 upoważnia instytucje zamawiające do udowodnienia dowolnymi środkami wykroczenia zawodowego. Ponieważ stwierdzenie takiego wykroczenia nie wymaga wyroku mającego powagę rzeczy osądzonej, decyzja krajowego organu ochrony konkurencji stwierdzająca, że dany podmiot naruszył zasady konkurencji, może z całą pewnością stanowić wskazówkę istnienia poważnego wykroczenia popełnionego przez ten podmiot. W ten sposób popełnienie naruszenia reguł konkurencji, w szczególności, gdy naruszenie to jest karane karą grzywny, stanowi podstawę wykluczenia objętą art. 45 ust. 2

akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 (wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali-Providencia Biztosrtó, C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 35).

Naruszenie reguł konkurencji wypełnia zatem przesłankę wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. W orzeczeniu TSUE z dnia 4 czerwca 2019 r. w sprawie C-425/18 Consorzio Nazionale Servizi Societa Cooperativa (CNS) Trybunał potwierdził jednoznacznie, że naruszenie reguł konkurencji wypełnia przesłanki podstawy wykluczenia związanej z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Niewątpliwie nałożenie na przedsiębiorstwo grzywny z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji stanowi ww. poważne wykroczenie zawodowe, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu gospodarczego.

W komentarzu do Pzp wskazuje się, że „Jako naruszenie obowiązków zawodowych należy również zakwalifikować naruszenia zobowiązań środowiskowych lub społecznych, naruszenia reguł konkurencji albo praw własności intelektualnej lub przemysłowej. Ponadto jako zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych można zakwalifikować naruszenie przepisów Pzp gwarantujących przestrzeganie zasad udzielania zamówień publicznych.” (vide: H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, UZP, 2021).

W rozpoznawanej sprawie, jak wynika z potwierdzenia przez Federalny Urząd do Spraw Konkurencji Republiki Austrii w Wiedniu z dnia 4 lipca 2019 r. wpływu w dniu 2 lipca 2019 r. wniosku o wszczęcie postępowania zgodnie z § 11 b Ustawy o konkurencji złożonego przez STRABAG AG F. Lang u. K. Menhofer Baugesellschaft m.b.H. & Co. KG, Federalny Urząd do Spraw Konkurencji Republiki Austrii w Wiedniu określił wnioskodawcy czas do 31.08.2019 r. do pełnego wyjaśnienia okoliczności związanych z gotowością do współpracy zgodnie z pkt. 35 Podręcznika ds. łagodzenia kary.

Na oficjalnej stronie Federalnego Urzędu do Spraw Konkurencji Republiki Austrii, organ ten zamieścił w dniu 14 lipca 2021 r. informację, że w ramach dochodzenia złożył w dniu 14 lipca 2021 r. do Sądu Antymonopolowego Wyższy Sąd Krajowy w Wiedniu wniosek o nałożenie grzywny na spółkę Strabag AG. Spółka Strabag AG uznała zarzucane naruszenie.

W dniu 21 października 2021 r. Sąd Antymonopolowy Wyższy Sąd Krajowy w Wiedniu nałożył grzywnę zgodnie z żądaniem AFCA (27 Kt 12/21 r.). W decyzji Sądu stwierdzono, że „Z powodu naruszenia § 1 ust. 1 KartG i Art 101 ust. 1 AEU, tj. z powodu wspólnych i wielokrotnych zmów cenowych naruszających prawo antymonopolowe, podziału rynku i wymiany informacji z innymi oferentami w publicznych i prywatnych przetargach w zakresie budownictwa ogólnego i infrastrukturalnego w Austrii w okresie od lipca 2002 do października 2017, na podstawie § 29 Z 1 lit a i d KartG nakłada się na Oskarżone karę grzywny w wysokości 45,37 milionów Euro.” Decyzja ta jest ostateczna.

Jak wynika z treści ww. decyzji, „W dn. 10.02.2021 r. na podstawie § 13 ust. 1 WettbG oskarżonym została przekazana skarga wraz z załącznikami. Od tej pory oskarżone przekazały Wnioskodawcy wiele dokumentów i 21.06. 2021 r. potwierdziły, że nie kwestionują stanu faktycznego przedstawionego przez Wnioskodawcę i akceptują proponowaną karę grzywny.”

Ponadto, Sąd stwierdził m.in., że „Zgodnie z ustalonym stanem faktycznym naruszenia prawa kartelowego dopuścili się pracownicy oskarżonych. Każdorazowo działali oni co najmniej z zamiarem warunkowym (dolus eventualis), co wynika chociażby z tego, że mieli oni świadomość, że nie chodzi tu o „błache przewinienie”. A zatem należy stwierdzić, że ponoszą oni winę”. Z ustaleń Sądu wynika, że „nastąpiło jednolite i ciągłe naruszanie przez oskarżonych prawa kartelowego, ponieważ wszystkie poszczególne naruszenia opierają się na jednolitym ogólnym planie i ogólnym systemie”.

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, przesłanką wykluczenia jest wykazanie zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych za pomocą stosownych środków dowodowych. Zatem ciężar udowodnienia zawinionego i poważnego naruszenia spoczywa na zamawiającym. Zamawiający może ten fakt wykazywać za pomocą wiarygodnych środków dowodowych, w szczególności dokumentów urzędowych lub prywatnych.

Jak wyjaśnił Przystępujący, spółka Strabag AG aktualnie bierze udział w postępowaniach przetargowych. Podobnie w latach 2019-2021 brała udział w postępowaniach. Jak wynika z dokumentów JEDZ składanych przez ww. Spółkę w postępowaniach przetargowych w latach 2019-2021, które przedłożył Odwołujący, nie informowała ona zamawiających o okolicznościach związanych z trwającym postępowaniem przed Federalnym Urzędem do Spraw Konkurencji, a następnie przed Sądem Antymonopolowym w Wiedniu w sprawie dopuszczenia się przez Spółkę bezprawnych

czynów na polu konkurencji.

W ocenie Izby, nie sposób w niniejszej sprawie przyjąć, że skoro wykonawca, biorąc udział w przetargach publicznych w czasie, gdy toczyło się postępowanie wyjaśniające przed Federalnym Urzędem do Spraw Konkurencji Republiki Austrii w sprawie popełnionych przez niego czynów naruszających konkurencję, nie przekazywał stosownych informacji zamawiającym o toczącym się postępowaniu, co wynika z przykładowych dokumentów JEDZ składanych w postępowaniach z tego okresu, w których Strabag AG brała udział, to zamawiający mieli jakiegokolwiek możliwości powzięcia wiedzy w tej sprawie, a tym bardziej możliwości wykazania tego naruszenia, przed wydaniem decyzji przez Sąd, która podlegała upublicznieniu. Zauważyć przy tym należy, że postępowanie toczące się przed wydaniem decyzji przez Sąd Antymonopolowy charakteryzuje się ograniczeniem dostępu do informacji dla osób (podmiotów) niebędących stronami postępowania, co dodatkowo ograniczało możliwość powzięcia wiarygodnych informacji bądź dowodów odnośnie zarzutów stawianych wykonawcy w ramach toczącego się postępowania.

Biorąc pod uwagę sposób działania wykonawcy Strabag AG, specyfikę postępowania toczącego w sprawach czynów naruszających konkurencję, w tym ograniczony dostęp do informacji na temat toczących się spraw, konieczność wykazania (udowodnienia) przez

Zamawiającego w sposób obiektywny okoliczności, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia, Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie decyzja Sądu Antymonopolowego jest stosownym środkiem dowodowym, za pomocą którego Zamawiający jest w stanie wykazać, że Strabag AG działał w ramach kartelu, za co została mu nałożona stosowna kara, a to z kolei potwierdza, że jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, co istotnie podważa jej uczciwość i wiarygodność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w związku z tym wykonawca Strabag AG podlega wykluczeniu z postępowania.

W konsekwencji powyższego Konsorcjum Strabag podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez Konsorcjum Strabag podlega odrzuceniu.

Ze względu na okoliczności tej sprawy dotyczące naruszeń i postępowań z tym związanych toczących się wobec Strabag AG, z rozpoznany wyżej zarzutem ściśle związany jest zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której podlega on wykluczeniu w związku z zawarciem przez Strabag AG z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co Zamawiający mógł stwierdzić obecnie na podstawie wiarygodnych przesłanek, z uwagi na uznanie przez Sąd Antymonopolowy w Wiedniu, że Strabag AG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było - zgodnie z informacją AFCA - ukaranie Strabag AG karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;

Zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

W okolicznościach tej sprawy w odniesieniu do Strabag AG ziszczyły się przesłanki, określone w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, skutkujące koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Podstawą wykluczenia jest stwierdzenie przez Zamawiającego na podstawie wiarygodnych przesłanek, że doszło do zakłócenia konkurencji, poprzez zawarcie porozumienia z udziałem danego wykonawcy - w aktualnie prowadzonym postępowaniu lub w innych postępowaniach, w których ten wykonawca brał udział. Jak wskazuje się w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych, „ze względu na towarzyszący temu porozumieniu zamiar podważa rzetelność wykonawcy i uzasadnia jego wykluczenie nie tylko z tego, ale również dalszych postępowań”. (vide: H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, UZP, 2021).

Niesporne pomiędzy stronami okoliczności dotyczące zawierania przez Strabag AG porozumień z innymi przedsiębiorcami w szeregu postępowań o udzielenie zamówienia

publicznego na terenie Austrii, których celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji na rynku budowanym, zostały jednoznacznie stwierdzone w decyzji Sądu Antymonopolowego, przyjętej kwalifikacji prawnej oraz zostały przyznane przez sam ten podmiot w toku postępowania przed AFCA.

Wydanie wobec Strabag AG decyzji o uznaniu, że działał on w ramach kartelu oraz nałożenie stosownej kary finansowej potwierdza, że wykonawca zawierał wielokrotnie z innymi wykonawcami porozumienia (kartel) mające na celu zakłócenie konkurencji. Stwierdzenie powyższych okoliczności nie było możliwe w czasie gdy czyny te miały miejsce ani też w późniejszym czasie, gdy wszczęto postępowanie przed AFCA, bowiem postępowanie to toczy się ze znacznym ograniczeniem jawności. Jak wynika z dokumentów JEDZ składanych przez Strabag AG w postępowaniach w latach 2019 - 2021 wykonawca, biorąc udział w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych nie przekazywał zamawiającym stosownych informacji odnośnie trwającej procedury mającej na celu wyjaśnienie tej sprawy przez uprawnione organy. Nie ma zatem podstaw do przyjęcia, że możliwe było pozyskanie w tym czasie wiarygodnych przesłanek do stwierdzenia, że ww. wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, zanim zapadła decyzja Sądu o stwierdzonych naruszeniach i nałożeniu kary finansowej na ten podmiot.

W danym stanie faktycznym, wiarygodną przesłanką do stwierdzenia, że Strabag AG zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, jest informacja o stwierdzeniu takich naruszeń przez Sąd Antymonopolowy w decyzji z dnia 21 października 2022 r. Wobec powyższego wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. W konsekwencji Konsorcjum Strabag podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez Konsorcjum Strabag z udziałem Strabag AG podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do twierdzeń podniesionych przez Przystępującego, iż moment zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia zarówno na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 jak i art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowią naruszenia przez Strabag AG § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFEU w okresie od lipca 2002 do października 2017r. Izba zważyła, jak poniżej:

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że w odniesieniu do zdarzenia, z którego Odwołujący usiłuje wywodzić skutki prawne upłynął już 3 letni okres wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp, bowiem naruszenia przez Strabag AG § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFEU nastąpiło w okresie od lipca 2002 do października 2017r.

Zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 na okres trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis ten ogranicza zatem możliwość wykluczenia wykonawców ze względu na upływ czasu - wyznacza maksymalny okres, w jakim może nastąpić wykluczenie wykonawcy z powodu danego zdarzenia, a upływ tego okresu powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia wystąpiła.

Przepis powyższy wskazuje na moment, w którym okres wykluczenia rozpoczyna swój bieg - którym jest zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

W ocenie Izby, interpretacja pojęcia „zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia” powinna być dokonywana w kontekście konkretnych okoliczności danej sprawy.

Słusznie zauważył Przystępujący, że w świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp nie istnieje wymóg, aby zdarzenie będące podstawą wykluczenia zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub decyzją. Należy jednak założyć, że w praktyce to właśnie wydanie takiej decyzji przez uprawniony organ lub wyroku przez sąd stanowi dla zamawiającego dostępny wiarygodny i obiektywny dowód na zaistnienie poważnego wykroczenia zawodowego lub wiarygodną przesłankę do stwierdzenia, że wykonawca zawarł porozumienie z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji. Należy mieć przy tym na uwadze, że w przypadku tych przesłanek wykluczenia konieczne jest oparcie się przez zamawiającego na obiektywnych i wiarygodnych środkach dowodowych, a nie są wystarczające niepotwierdzone informacje pozyskane z niewiarygodnych źródeł.

W ocenie Izby, w przypadku, gdy określony wyrok lub decyzja zapadły w danej sprawie o naruszenie konkurencji, to stanowi to niepodważalną podstawę do stwierdzenia przez Zamawiającego, że wystąpiło zdarzenie stanowiące podstawę do wykluczenia wykonawcy. Zdarzeniem w takim przypadku w rozumieniu art. 111 ust. 4 Pzp jest

stwierdzenie naruszeń przez stosowny organ lub sąd.

Zauważyć należy, że powyższe stanowisko nie jest sprzeczne z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości UE wskazującym, że stwierdzenie wykroczenia zawodowego nie wymaga wyroku mającego powagę rzeczy osądzonej (tak: wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta, pkt 28, ECLI:EU:C:2012:801), sama decyzja krajowego organu

stwierdzająca, że dany podmiot naruszył zasady konkurencji, może stanowić wskazówkę istnienia poważnego wykroczenia popełnionego przez ten podmiot (postanowienie z dnia 4 czerwca 2019 r. w sprawie C-425/18 Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa

(CNS), pkt 32).

Stanowisko Izby nie jest także sprzeczne z przedłożoną przez Przystępującego Opinią prawną opracowaną przez prof. dr hab. P. N. z dnia 09.09.2022 r. Opinia wskazuje jednoznacznie na brak ugruntowanego stanowiska w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE w powyższym zakresie, a w konsekwencji wskazuje na możliwe różne warianty interpretacji art. 111 ust. 4 Pzp.

Wskazać też należy, że niesporne jest w sprawie, że Strabag AG przystąpił dobrowolnie do programu łagodzenia kar, ze wszystkimi tego konsekwencjami, jednak nie sposób jednocześnie przyjąć, że to właśnie od tego momentu należy liczyć trzyletni okres, w którym wykonawca mógł podlegać wykluczeniu. Podkreślić należy, że informacje o toczącej się sprawie nie były publicznie dostępne, a sam wykonawca, startując w przetargach, również nie informował zamawiających o tych okolicznościach. Nie można zatem przyjąć, że w czasie toczącego się postępowania przed Federalnym Urzędem do Spraw Konkurencji „konsumuje się” okres, w którym wykonawca powinien podlegać wykluczeniu. Brak dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu i zaniechanie przez wykonawcę rzetelnego przekazania takiej informacji zamawiającym, uniemożliwia bowiem realne zastosowanie sankcji wykluczenia za utratę wiarygodności i bezprawne działania wykonawcy. Przystępujący nie wykazał, aby w rzeczonym okresie, startując w przetargach takie transparentne działania podejmował.

W ocenie Izby, należy podkreślić, że skoro Strabag AG podjął współpracę z odpowiednimi organami w toku postępowania co najmniej od 02.07.2019 r., w tym w zakresie dostarczenia dowodów, przyznania się do winy, zaprzestania naruszeń i podjęcia działań prewencyjnych, tak aby w przyszłości nie dochodziło do naruszeń, to w celu odbudowania swojej wiarygodności i przejrzystości swoich działań powinien rzetelnie ujawnić te okoliczności w ramach przetargów publicznych, w których brał udział. Przystępujący w toku niniejszego postępowania takich okoliczności nie wykazał.

Przepis art. 109 ust. 3 Pzp, wskazuje, że w sytuacji określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Oczywistym jest, w ocenie Izby, że odpowiedzialność członków konsorcjum w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest solidarna.

Skoro zatem jeden z członków konsorcjum podlega wykluczeniu, to w konsekwencji konsorcjum podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez konsorcjum musi podlegać odrzuceniu. Zgodnie z zasadą proporcjonalności, sankcja wykluczenia nałożona z mocy art.

111 ust. 4 Pzp na okres trzech lat od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia w przypadku Konsorcjum Strabag powinna dotyczyć wyłącznie Strabag AG, tj. tego członka konsorcjum, którego dotyczy konkretna i bezpośrednia podstawa wykluczenia. W ocenie Izby, zastosowanie zasady proporcjonalności wymaga przeprowadzenia zindywidualizowanej oceny w każdym przypadku, gdy konsekwencje wykluczenia mogą dotyczyć wykonawcy z powodu naruszenia popełnionego przez inny podmiot, wobec którego nie dysponuje on żadnym środkiem kontroli.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (zatajenie informacji), iż Strabag AG nie jest winny poważnego wykroczenia zawodowego oraz nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a zatem nie podlega wykluczeniu, mimo iż - jak to wskazano w powyższym zarzucie - Austriacki Sąd Kartelowy, a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji, uznały, że Strabag AG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było ukaranie Strabag AG karą w wysokości ponad 45 mln

euro, co wyczerpuje znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, o czym wykonawca powinien poinformować Zamawiającego w oświadczeniu JEDZ, a czego zaniechanie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp;

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega 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.

Zgodnie natomiast z art. 109 ust. 1 pkt 10 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.

Mając na uwadze stan faktyczny ustalony w niniejszej sprawie, w ocenie Izby, należy uznać, że w przedmiotowym postępowaniu Strabag AG był zobowiązany notyfikować okoliczności związane ze stwierdzonymi przez Sąd Antymonopolowy w Wiedniu naruszeniami w dokumencie JEDZ złożonym w ofercie. Wykonawca Strabag AG, pomimo znacznej skali i powagi czynu, którego się dopuścił, nie poinformował Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o powyższych okolicznościach.

Zauważyć należy, że JEDZ jest dokumentem kategoriowym jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji jakie wykonawca przedstawia zamawiającemu za jego pomocą. W przypadku zaznaczenia „NIE” wykonawca staje się niejako „sędzią we własnej sprawie” i uniemożliwia zamawiającemu oraz ewentualnie Izbie dokonania oceny, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, pomimo zaistnienia sytuacji, której dotyczy ww. pytanie JEDZ.

Nie sposób uznać, że ww. wykonawca nie zdawał sobie sprawy z obowiązku, który wynika z udziału w przetargu publicznym co do złożenia w dokumencie JEDZ rzetelnego oświadczenia o braku wystąpienia okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do wykluczenia lub do uruchomienia procedury „samoczyszczenia”. Spółka Strabag AG bez wątplenia zdaje sobie bowiem sprawę z ciężaru czynu, jakiego się dopuściła, oraz jego skutków. Wykonawca jest profesjonalistą, a mimo to zataił informacje o decyzji Sądu Antymonopolowego i postępowaniu, jakie się wobec niego toczyło od 2019 r.

Strabag AG, nie informując Zamawiającego o ważnych okolicznościach dotyczących stwierdzonych naruszeń prawa, uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie i ocenę danych okoliczności w świetle przesłanek do wykluczenia wykonawcy. Strabag AG nie wypełnił swojego obowiązku, przez co wprowadził Zamawiającego w błąd, czego wyrazem w niniejszej sprawie była decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła, że oświadczenie złożone przez Strabag AG w JEDZ jest obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością, gdyż po stronie Strabag AG doszło do naruszenia obowiązków zawodowych oraz stwierdzono zawarcie stosownego porozumienia naruszającego konkurencję, co wynika wprost z decyzji Sądu Antymonopolowego z dnia 21 października 2021 r. Tymczasem wykonawca zaprzeczył aby takie naruszenia w ogóle miały miejsce. W ten sposób Strabag AG wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, poprzez zatajenie stosownych informacji.

Okoliczności tej sprawy wskazują, że nastąpiło to co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa. Rażące niedbalstwo rozumiane jest w orzecznictwie, jako naruszenie elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności (zob. wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. sygn. akt II CK 142/03). Trudno przyjąć, że profesjonalny wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji.

Zauważyć należy, że działanie wykonawcy w warunkach rażącego niedbalstwa konsumuje łagodniejsze formy podmiotowe działania wykonawcy, które wskazane zostały w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, tj. niedbalstwo oraz lekkomyślność.

W tej sytuacji należało uznać, że wobec wykonawcy wystąpiła podstawa wykluczenia

opisana w treści art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a także - w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W konsekwencji stwierdzenia zasadności zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia, potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag, czego konsekwencją był wybór tej oferty jako najkorzystniejszej. Oferta Konsorcjum Strabag powinna zostać odrzucona, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp.

Izba uznała, że nie ulega wątpliwości, iż w związku z potwierdzeniem się zarzutów j.w., za zasadny należało uznać także zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: