

Sygn. akt: KIO 171/23

WYROK z 2 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Aleksandra Kot

Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie 31 stycznia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 stycznia 2023 r. przez odwołującego: Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowaną przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą

w Krakowie

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, Polbud-Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Łącku, Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić zarzut nr 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1 Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu,

- 1.2 Wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, Polbud-Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Łącku, Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi oraz odrzucenie ich oferty,

- 1.3 Powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, Polbud-Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Łącku, Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi i:

- 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,

- 3.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, Polbud-Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Łącku, Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi na rzecz odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)

z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) 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 171/23

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie reprezentowaną przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie z siedzibą w Krakowie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Kontynuacja projektowania i budowa

obwodnicy Zabierzowa w ciągu drogi krajowej nr 79", numer: O.KR.D-3.2410.1.2022, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 3 czerwca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 107-294886.

19 stycznia 2023 r. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami ustawy czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu i zarzucił mu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex Infrastruktura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, Polbud–Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Łącku, Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi (dalej: Konsorcjum Polimex lub Przystępujący), a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, mimo że zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 Pzp -Konsorcjum Polimex, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd oraz zataiło informacje dotyczące naliczenia spółce Polimex Mostostal kar umownych na inwestycji dotyczącej Budowy Bloku Gazowo-Parowego dla Elektrociepłowni Żerań, mające wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego;
2. art. 16 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu;
3. wykluczenia Przystępującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

W Rozdziale 10: „Podmiotowe środki dowodowe” Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), w ust. 10.6 lit. f Zamawiający określił, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca składa: (...) oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5-10 Pzp.

Powyższe oznaczało, że Zamawiający w ramach postępowania zdecydował się na weryfikację m.in. przesłanek wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 oraz 10 Pzp, mające znaczenie dla przedmiotowej sprawy.

Spośród czterech wykonawców działających w ramach Konsorcjum Polimex, dwóch, tj. Polbud – Pomorze sp. z o.o. z siedzibą w Pakości oraz Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi, w treści złożonego formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ) w odniesieniu do pytania znajdującego się w części III: „Podstawy wykluczenia”, lit. C: „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”, dotyczącego rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji, tj. „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?” udzieliło odpowiedzi pozytywnej podając jednocześnie, że w ramach obu organizacji nie przedsięwzięto środków w celu wykazania rzetelności (samooczyszczenie). Pozostali dwaj konsorcjanci zaznaczyli odpowiedź „nie”, przy czym

w przypadku spółki Polimex Mostostal zdaniem Odwołującego była to odpowiedź nieprawdziwa.

29 listopada 2022 r. działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp Zamawiający wezwał Konsorcjum Polimex do złożenia podmiotowych środków dowodowych, również tych potwierdzających brak występowania względem wykonawcy podstaw do wykluczenia. W odpowiedzi na to wezwanie, 9 grudnia 2022 r. Przystępujący przekazał komplet dokumentów, wśród których znalazły się również następujące:

1. zmodyfikowany formularz JEDZ dla wykonawcy Mosty Łódź, w którym wykonawca wykreślił dotychczasową treść w zakresie pytania o rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje, zastępując dotychczasowy opis dwóch przypadków odstąpienia od umowy oświadczeniem i wyjaśnieniami, uzupełnionymi przez załącznik do formularza JEDZ,
2. załącznik do JEDZ dla wykonawcy Mosty Łódź,
3. oświadczenia o aktualności danych dla wszystkich partnerów Konsorcjum Polimex.

Wykonawca Polimex Mostostal w sposób świadomy i celowy nie uwzględnił w ramach oświadczenia zawartego w treści

formularza JEDZ przypadku naliczenia kar umownych na kontrakcie „Budowa Bloku Gazowo-Parowego dla Elektrociepłowni Żerań” (dalej: Budowa Bloku Żerań), o którym informował w treści, dostępnego również w sieci Internet, „Śródrocznego skróconego skonsolidowanego sprawozdania finansowego za okres 3 miesięcy zakończonego dnia 31 marca 2022 r.” przygotowanego dla Grupy kapitałowej Polimex Mostostal. Na stronie 13 sprawozdania znalazła się m. in. informacja dotycząca realizacji inwestycji dotyczącej Elektrociepłowni Żerań: „20 stycznia 2022 roku Zamawiający poinformował Wykonawcę o przysługującym mu roszczeniu o karę umowną z tytułu zwłoki Konsorcjum za (i) niedotrzymanie Kamienia Milowego nr 22 (KM nr 22) i o 9ii) karę umowną z tytułu zwłoki Konsorcjum za niedotrzymanie terminu przejęcia Bloku do eksploatacji (PAC) co rozpoczęło pomiędzy stronami proces negocjacji, w trakcie których Strony wymieniały korespondencję oraz odbywały spotkania wyjaśniające.

14 kwietnia 2022 r. Zamawiający przesłał Wykonawcy noty obciążeniowe obejmujące wyżej wskazane kary umowne. W ocenie Spółki Polimex Mostostal S.A. kara umowna obciąża ją odpowiedzialnością w zakresie kwoty nie większej niż 3,6 mln zł tytułem niedotrzymania terminu realizacji KM nr 22, natomiast w pozostałym zakresie odpowiedzialność obciąża pozostałych uczestników Konsorcjum tj. spółki z grupy Mitsubishi Power”.

W ocenie Odwołującego wobec Konsorcjum Polimex spełnione zostały przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a co najmniej art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Przystępujący podlegał na tej podstawie wykluczeniu z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona. Zamawiający został bezsprzecznie wprowadzony w błąd co do sytuacji Konsorcjum Polimex,

ponieważ nie otrzymał informacji umożliwiających mu dokonanie samodzielnej oceny okoliczności towarzyszących wskazanemu przypadkowi. W konsekwencji działań Przystępującego Zamawiający (niesłusznie i niezgodnie z przepisami Pzp) wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą.

Polimex Mostostal nie uwzględnił w ramach swojego oświadczenia zawartego w formularzu JEDZ faktu naliczenia kar umownych z tytułu niedotrzymania Kamienia Milowego nr 22 i z tytułu zwłoki za niedotrzymanie terminu przejęcia Bloku do eksploatacji. Jednocześnie treść pytania zawarta w formularzu JEDZ była jasna i odnosiła się do obiektywnie określonej okoliczności polegającej na stwierdzeniu znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową. Stąd też Odwołujący nie badał nawet dalszych okoliczności towarzyszących przypadkowi Budowy Bloku Żerań, takich jak wymieniony w treści sprawozdania finansowego toczący się proces negocjacji między wykonawcą a inwestorem, czy plany dotyczące złożenia wniosku do Sądu Polubownego przy Prokuraturze Generalnej RP o przeprowadzenie mediacji. Pozostawanie w sporze z inwestorem nie eliminowało bowiem konieczności dopełnienia obowiązków informacyjnych względem Zamawiającego, mogło mieć jedynie wpływ na ocenę danego przypadku z punktu widzenia spełniania przesłanek wykluczenia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 27 stycznia 2023 r. uwzględnił zarzut nr 1 odwołania i wniósł o oddalenie zarzutu nr 2. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający powziął wiedzę w zakresie naruszeń wskazanych w zarzucie nr 1 z odwołania. W trakcie badania i oceny ofert nie dokonano weryfikacji wskazanych w odwołaniu okoliczności, gdyż Zamawiający opierał się wyłącznie na oświadczeniu Przystępującego zawartym w dokumencie JEDZ złożonym wraz z ofertą.

Wywodzony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 16 Pzp nie znajdował uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym sprawy. Postępowanie prowadzone było w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości postępowania. Sam Odwołujący w treści odwołania podkreślił, że „Zamawiający został bezsprzecznie wprowadzony w błąd co do sytuacji Konsorcjum Polimex, ponieważ nie otrzymał informacji umożliwiających mu dokonanie samodzielnej oceny okoliczności towarzyszących wskazanemu przypadkowi. W konsekwencji dokonania przez Konsorcjum Polimex tej czynności, Zamawiający (niesłusznie i niezgodnie

z przepisami Pzp) wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą”.

Przystępujący w piśmie procesowym z 31 stycznia 2023 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 1 odwołania. W konsekwencji Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska Przystępujący wskazał m. in.:

W toku postępowania, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez Przystępującego. Informacje, niezbędne do oceny spełnienia podstaw wykluczenia, zostały przedstawione zgodnie z prawdą, a złożone Zamawiającemu dokumenty pozwalały ocenić czy względem Przystępującego mogła spełnić się przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przystępujący uznał za wadliwe stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający miał pozostawać w błędzie co do okoliczności związanych z naliczeniem kary umownej w ramach Kontraktu Żerań. Całość swojej argumentacji Odwołujący oparł na okoliczności wypełnienia przez Polimex Mostostal oświadczenia JEDZ, w którym brak było wzmianki o karze umownej naliczonej na Kontrakcie Żerań. Powyższa okoliczność miała rzekomo skutkować brakiem wiedzy Zamawiającego

o historii kontraktowej Polimex Mostostal, a w konsekwencji, jak twierdził Odwołujący, miała doprowadzić do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Stanowisko Odwołującego było jednak nieprawidłowe. Zamawiający nie został wprowadzony w błąd przez Przystępującego, jako

że Przystępujący samodzielnie złożył Zamawiającemu sprawozdanie finansowe, w którym zawarta została informacja o naliczonej karze umownej. Dokument ten został złożony wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi. W treści sprawozdania finansowego, który złożony został Zamawiającemu zawarta została kompleksowa informacja na temat

Kontraktu Żerań, w tym ta odnosząca się wprost do naliczenia kary umownej. Dlatego nie doszło i nie mogło dojść do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, ani do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd (choćby potencjalnie). Przystępujący przedstawił Zamawiającemu w toku postępowania informację, z której wprost wynikała okoliczność naliczenia spółce Polimex Mostostal kary umownej w ramach Kontraktu Żerań. Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp nie ziścił się.

Disponując dokumentami złożonymi przez Przystępującego, w tym dokumentem JEDZ Polimex Mostostal oraz sprawozdaniem finansowym Zamawiający był w stanie stwierdzić, że w ramach Kontraktu Żerań (którego stroną był Polimex Mostostal) doszło do naliczenia

kary umownej. Przystępujący nie przemilczał faktu naliczenia kary umownej Polimex Mostostal.

Z ostrożności Przystępujący wskazał, że co najwyżej Zamawiający mógłby, zestawiając ze sobą dokument JEDZ oraz treść sprawozdania finansowego za 2021 r., uznać, że

pośród przedstawionych tam informacjami zachodziła sprzeczność. W opinii Przystępującego tej sprzeczności nie było (taka sytuacja zaistniałaby, gdyby w treści JEDZ znalazła się wprost informacja, że w ramach Kontraktu Żerań nie naliczono żadnej kary umownej). Nawet jeśli Zamawiający doszedłby do wniosku, że takowa zaistniała, to właściwą byłaby procedura wyjaśniająca, a nie wykluczenie z postępowania.

Przystępujący wskazał też, że nie doszło też do wypełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp - sam fakt naliczenia kar umownych nie oznaczał automatycznie zaistnienia podstawy do wykluczenia. W art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przewidziane zostały następujące przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj.:

- a) wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie;
- b) w znacznym stopniu lub zakresie:
 - i. nie wykonał lub (alternatywa łączna),
 - ii. nienależycie wykonał albo (alternatywa rozłączna),
 - iii. długotrwale nienależycie wykonywał,
- c) istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji;
- d) co doprowadziło do:
 - a) wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy,
 - b) odszkodowania,
 - c) wykonania zastępczego lub
 - d) realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Dopiero kumulatywne (jednoczesne) spełnienie się ww. przesłanek wskazanych w lit. (a) – (d) uprawniałoby Zamawiającego do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła

i zważyła, co następuje.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania. W toku rozprawy Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania jako spóźnionego. Co istotne wniosek ten był bezpośrednią reakcją Przystępującego na argumentację procesową zaprezentowaną przez Odwołującego. Przystępujący w uzasadnieniu wniosku wskazał, że przyjmując za prawidłowe stanowisko Odwołującego, co do sposobu oceny oświadczeń JEDZ na etapie przed złożeniem dokumentów podmiotowych (w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego

w procedurze odwróconej), należałoby uznać, że termin do wniesienia odwołania przeciwko Przystępującemu należało liczyć od momentu pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

W ocenie Izby stanowisko Przystępującego było niezasadne. Odwołujący wniósł odwołanie z zachowaniem terminu do jego wniesienia. Niewątpliwym jest, że Zamawiający dokonał oceny spełnienia przez Przystępującego warunków podmiotowych nastąpiło dopiero po wykluczeniu z postępowania konsorcjum wykonawców, którego liderem była spółka Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie. Co za tym idzie termin do wniesienia odwołania przeciwko wyborowi oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu należało liczyć od tego wyboru, a argumentacja podniesiona przez Odwołującego nie stała w sprzeczności z tym ustaleniem.

Z tego względu Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

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

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Przystępującego ze szczególnym uwzględnieniem oświadczeń JEDZ spółki Polimex Mostostal,
3. dokumentów złożonych przez Odwołującego i Przystępującego w charakterze dowodów załączonych do pism procesowych oraz złożonych w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba pominęła złożony w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron przez Przystępującego dowód w postaci tabeli sporządzonej w języku angielskim na okoliczność wykazania,

że odpowiedzialność za rozruch spoczywała na jednej ze spółek należących do grupy Mitsubishi. Zgodnie z art. 506 ust. 1 Pzp postępowanie odwoławcze jest prowadzone w języku polskim. Z kolei w myśl art. 506 ust. 2 zdanie pierwsze wszystkie dokumenty przedstawia

się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Tym samym dokument w języku obcym złożony jako dowód bez jego tłumaczenia

na język polski nie mógł być przez Izbę wzięty pod uwagę.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 10.6 SWZ: „W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Wykonawca składa: (...)

f) oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w (...):

- art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp”.

Miedzy stronami nie było sporu co do faktu, że Przystępujący złożył najpierw razem z ofertą oświadczenie JEDZ spółki Polimex Mostostal, w treści którego Polimex Mostostal odpowiedział „nie” na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne

sankcje

w związku z tą wcześniejszą umową?”.

29 listopada 2022 r. Zamawiający skierował do Przystępującego następujące wezwanie: „Działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” oraz pkt 10.4. Instrukcji dla Wykonawców (IDW) Tomu I SWZ, Zamawiający wzywa do złożenia: (...)

2. podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy, o których mowa w 9.1 i 9.2. IDW, tj.: (...)

1. oświadczenie Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w: (...)

- art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp”.

W odpowiedzi Przystępujący złożył oczekiwane przez Zamawiającego dokumenty, w tym oświadczenie z 7 grudnia 2022 r. spółki Polimex Mostostal o aktualności oświadczenia JEDZ.

Tym samym – co również przyznał Przystępujący – w toku postępowania konsekwentnie twierdził on, że wobec jego konsorcjanta, tj. spółki Polimex Mostostal nie zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym

z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W złożonym przez Odwołującego jako dowód do odwołania "Śródrocznym skróconym skonsolidowanym sprawozdaniem finansowym za okres 3 miesięcy zakończony dnia 31 marca 2022" Grupy Kapitałowej Polimex Mostostal na stronie 13 zawarta została następująca informacja:

„Na kontrakcie Żerań w dniu 6 grudnia 2021 roku Blok został przejęty do eksploatacji przez Zamawiającego oraz w tym samym dniu został podpisany Aneks nr 9 do Kontraktu, regulujący sposób i terminy wykonania zobowiązań Wykonawcy pozostających do realizacji po dacie podpisania PAC. Jednocześnie Strony zadeklarowały, że w terminie do 31 marca

2022 roku przeprowadzą w dobrej wierze negocjacje w zakresie sporu o poziom odpowiedzialności Wykonawcy za przekroczenie ustalonego Aneksem nr 7 terminu podpisania Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji i do tego terminu powstrzymają się od egzekwowania jakichkolwiek roszczeń.

W dniu 20 stycznia 2022 roku Zamawiający poinformował Wykonawcę o przysługującym mu roszczeniu o karę umowną z tytułu zwłoki Konsorcjum za (i) niedotrzymanie Kamienia Miłowego nr 22 (KM nr 22) i o (ii) karę umowną z tytułu zwłoki Konsorcjum za niedotrzymanie terminu przejęcia Bloku do eksploatacji (PAC) co rozpoczęło pomiędzy Stronami proces negocjacji, w trakcie których Strony wymieniały korespondencję oraz odbywały spotkania wyjaśniające.

W dniu 14 kwietnia 2022 roku Zamawiający przesłał Wykonawcy noty obciążeniowe obejmujące wyżej wskazane kary umowne. W ocenie Spółki Polimex Mostostal S.A. kara umowna obciąża ją odpowiedzialnością w zakresie kwoty nie większej niż 3,6 mln zł tytułem niedotrzymania terminu realizacji KM nr 22, natomiast w pozostałym zakresie odpowiedzialność obciąża pozostałych uczestników Konsorcjum tj. spółki z grupy Mitsubishi Power.

Z uwagi na występujące w ocenie Konsorcjum przesłanki do miarkowania kar, Konsorcjum wystąpi do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP z wnioskiem o przeprowadzenie mediacji, co powinno zbliżyć strony do wynegocjowania kompromisu i zawarcia ugody przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej RP”.

Potwierdziło się twierdzenie Przystępującego, że Zamawiający wraz z dokumentami przekazanymi mu przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z 29 listopada 2022 r. (na podst. art. 126 ust. 1 Pzp) otrzymał m. in. „Sprawozdanie finansowe za rok zakończony dnia 31 grudnia 2021 roku wraz ze sprawozdaniem z badania biegłego rewidenta” Polimex Mostostal S.A., w którym znajdowała się następująca informacja:

„Na kontrakcie Żerań w dniu 6 grudnia 2021 roku Blok został przejęty do eksploatacji przez Zamawiającego oraz w tym samym dniu został podpisany Aneks nr 9 do Kontraktu, regulujący sposób i terminy wykonania zobowiązań Wykonawcy pozostających do realizacji po dacie podpisania PAC. Jednocześnie Strony zadeklarowały, że w terminie do 31 marca 2022 roku przeprowadzą w dobrej wierze negocjacje w zakresie sporu o poziom odpowiedzialności Wykonawcy za przekroczenie ustalonego Aneksem nr 7 terminu podpisania Protokołu Przejęcia Bloku do Eksploatacji i do tego terminu powstrzymają się od egzekwowania jakichkolwiek roszczeń.

W dniu 20 stycznia 2022 roku Zamawiający poinformował Wykonawcę o przysługującym mu roszczeniu o karę umowną z tytułu zwłoki Konsorcjum za (i) niedotrzymanie Kamienia Miłowego nr 22 (KM nr 22) i o (ii) karę umowną z tytułu zwłoki Konsorcjum za niedotrzymanie

terminu przejęcia Bloku do eksploatacji (PAC) co rozpoczęło pomiędzy Stronami proces negocjacji, w trakcie których Strony wymieniały korespondencję oraz odbywały spotkania wyjaśniające.

W dniu 14 kwietnia 2022 roku Zamawiający przesłał Wykonawcy noty obciążeniowe obejmujące wyżej wskazane kary umowne. W ocenie Spółki Polimex Mostostal S.A. kara umowna obciąża ją odpowiedzialnością w zakresie kwoty nie większej niż 3,6 mln zł tytułem niedotrzymania terminu realizacji KM nr 22, natomiast w pozostałym zakresie odpowiedzialność obciąża pozostałych uczestników Konsorcjum tj. spółki z grupy Mitsubishi Power.

Z uwagi na występujące w ocenie Konsorcjum przesłanki do miarkowania kar, Konsorcjum wystąpi do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej RP z wnioskiem o przeprowadzenie mediacji, co powinno zbliżyć strony do wynegocjowania kompromisu i zawarcia ugody przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej RP”.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd przez podanie mu nieprawdziwej informacji polegającej na:

1. udzieleniu przeczącej odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” w oświadczeniu JEDZ spółki Polimex Mostostal,
2. poinformowaniu Zamawiającego o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu JEDZ Polimex Mostostal S.A. w oświadczeniu złożonym w odpowiedzi na wezwanie z 29 listopada 2022 r.

W sprawie nie budzi wątpliwości, czemu zresztą nie zaprzeczył sam Przystępujący, że na spółkę Polimex Mostostal podczas realizacji kontraktu dotyczącego budowy Elektrociepłowni Żerań zostały nałożone kary umowne. Spółka w treści obu przytoczonych wyżej sprawozdań przyznała się do zasadności kary w kwocie 3,6 mln zł („W ocenie Spółki Polimex Mostostal S.A. kara umowna obciąża ją odpowiedzialnością w zakresie kwoty nie większej niż 3,6 mln zł tytułem niedotrzymania terminu realizacji KM nr 22”). Kara została naliczona za zwłokę w realizacji umowy.

Informacje te powinien zatem ocenić Zamawiający pod kątem możliwości podlegania przez Przystępującego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Biorąc pod uwagę argumentację Przystępującego w toku rozprawy podkreślić należy, że to nie wykonawca jest uprawniony do oceny określonych informacji przez pryzmat przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Ocena taka mieści się w kompetencjach Zamawiającego jako gospodarza postępowania. Przystępujący zaś nie był uprawniony do zaznaczenia odpowiedzi „nie” w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” w oparciu o subiektywne przeświadczenie, że naliczona mu kara umowna nie dawałaby podstawy do wykluczenia

go na podstawie wskazanego przepisu.

Argumenty podniesione przez Przystępującego, jak i dowody złożone na okoliczność wykazania, że kontrakt dotyczący Elektrociepłowni Żerań został zrealizowany prawidłowo powinny być poddane ocenie przez Zamawiającego, o ile Zamawiający, prawidłowo poinformowany o naliczeniu kar umownych spółce Polimex Mostostal dążyłby do wyjaśnienia związanych z tym zdarzeniem okoliczności.

Nie ma też znaczenia w sprawie kwestia tego, czy wykonawca, na którego zostały nałożone kary umowne ma zamiar dążyć do ich uchylecia czy pomniejszenia. Na moment oceny spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu możliwość uchylecia kary umownej miała charakter przyszły i niepewny, Przystępujący nie mógł zatem na tej podstawie odstąpić od podania Zamawiającemu stosownych informacji.

Fakt, że w przekazanym Zamawiającemu „Sprawozdaniu finansowym za rok zakończony dnia 31 grudnia 2021 roku wraz ze sprawozdaniem z badania biegłego rewidenta” Polimex Mostostal S.A.” zawarta została informacja o nałożeniu na spółkę Polimex Mostostal ww. kar umownych nie dawała podstawy do uznania, że Zamawiający został należycie poinformowany o tych karach. Sprawozdanie nie zostało złożone w celu wykazania, że Przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W piśmie przewodnim Przystępujący zaliczył ten dokument do środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu o których mowa w 8.2. IDW (w tym przypadku warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, pkt 8.2.3 IDW).

Zamawiający nie miał więc ani podstaw, ani powodów by w sprawozdaniu złożonym przez Przystępującego w celu wykazania potencjału finansowego niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia doszukiwać się informacji dotyczących innych okoliczności związanych z udziałem Przystępującego w postępowaniu. Nie można przy tym pominąć, że „Sprawozdanie...” ma 76 stron i trudno oczekiwać od Zamawiającego, że podda on analizie tak obszerny i szczegółowy dokument w zakresie szerszym niż niezbędne minimum.

Zamawiający mógł więc nie zauważyć w treści sprawozdania informacji o karach umownych dotyczących inwestycji dotyczącej Elektrociepłowni Żerań. Przystępujący miał obowiązek zawrzeć wszelkie niezbędne informacje w treści oświadczenia JEDZ. Argumentacja Przystępującego dotycząca przekazania Zamawiającemu informacji o karach umownych w „Sprawozdaniu...” i o sprzeczności treści JEDZ oraz „Sprawozdania...” w ocenie Izby stworzona została wyłącznie na potrzeby obrony wykonawcy w toku postępowania odwoławczego i służyć miała uniknięciu konsekwencji błędu Przystępującego popełnionego na etapie wypełniania JEDZ przez Polimex Mostostal. Brak jest bowiem podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący czy Polimex Mostostal S.A. działali w sposób celowy. Zawarcie nieprawdziwej informacji w treści JEDZ oraz potwierdzenie aktualności tego oświadczenia zdaniem Izby było raczej przejawem rażącego niedbalstwa. Przystępujący dysponował informacjami o nałożonych na Polimex Mostostal karach umownych. Trudno przyjąć, że w takiej sytuacji dysponent podjąłby on ryzyko wykluczenia z postępowania za wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Zaznaczenie odpowiedzi „tak” w odpowiedniej rubryce JEDZ i przedstawienie Zamawiającemu podstawowych okoliczności dotyczących kar umownych nie nastręczałoby żadnych trudności (o czym świadczy taki właśnie sposób wypełnienia oświadczeń JEDZ przez dwóch konsorcjantów Przystępującego – Mosty Łódź S.A. i Polbud-Pomorze sp. z o.o.).

W konsekwencji powyższych ustaleń w ocenie Izby działanie Przystępującego wypełniło przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp:

Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- 8) 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;
- 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nie potwierdził się natomiast zarzut nr 2 odwołania. Zarzut ten miał charakter wynikowy wobec zarzutu nr 1, ale Izba uznała, w szczególności wobec uzasadnienia oświadczenia Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutu nr 1, że nie ma podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył art. 16 Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Podstawą zarzutu nr 2 było twierdzenie Odwołującego o przyjęciu przez Zamawiającego odmiennych zasad do oceny sytuacji Konsorcjum Strabag (wykluczonego za wprowadzenie w błąd Zamawiającego na wcześniejszym etapie postępowania) i Konsorcjum Polimex w analogicznym stanie faktycznym w tym samym postępowaniu. Izba wzięła jednak pod uwagę fakt, że Zamawiający oświadczył, że Przystępujący wprowadził go w błąd, a o okolicznościach tego faktu Zamawiający dowiedział się z odwołania. Trudno w tej sytuacji uznać, że Zamawiający złamał zasady wynikające z art. 16 Pzp. Istotą wprowadzenia zamawiającego w błąd jest podejmowanie przez niego określonych, obiektywnie błędnych czynności w wyniku działania na podstawie nieprawdziwych informacji przekazanych zamawiającemu przez wykonawcę. Uznanie w tej sytuacji, że zamawiający naruszył art. 16 Pzp oznaczałoby przyjęcie, że Zamawiający ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka na co brak jest podstawy w ustawie Pzp.

Z powyższych względów Izba oddaliła zarzut nr 2, ale waga i rozmiar tego zarzutu nie uzasadniały jednak dzielenia po połowie kosztów między Przystępującym i Odwołującym -znaczenie zarzutu uwzględnionego uzasadniało obciążenie Przystępującego całością kosztów postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: