Sygn. akt: KIO 3293/23

WYROK

z dnia 21 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Elżbieta Dobrenko

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 listopada 2023 r. przez wykonawcę Multiconsult Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZSYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Multiconsult Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania obciąża Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZSYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. 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.

Przewodnicząca: .....

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

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZSYSTEM S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Opracowanie dokumentacji projektowej i pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn.: Przebudowa gazociągu DN300 Tomkowice-Lubiechów, odg. Świebodzice-odg. Świebodzice Termet, odg. Świebodzice Termet-Lubiechów. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 079-234489.

W dniu 3 listopada 2023 r. wykonawca Multiconsult Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 ustawy Pzp, i w konsekwencji odrzucenia jego oferty oraz wobec czynności wyboru oferty wykonawcy GAS-ENGINEERING J. H. i zaniechania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne przyjęcie, że w stosunku do Odwołującego zachodzi przesłanka określona w przedmiotowym przepisie;

2) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne przyjęcie, że w stosunku do Odwołującego zaistniała przesłanka określona w przedmiotowym przepisie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy GAS-ENGINEERING jako najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zarzut nr 1

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wykluczenia go z postępowania Zamawiający podniósł, że zastosowanie przedmiotowej podstawy wykluczenia rzekomo wynika z leżącej po stronie Odwołującego działającego w konsorcjum z SOFREGAZ SAS (dalej: Konsorcjum) nienależytej realizacji umowy, zawartej z Zamawiającym w 1 września 2020 r. na

pełnienie funkcji inżyniera kontraktu (dalej: IK) dla inwestycji „Rozbudowa części lądowej terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu" oraz „Rozbudowa części morskiej terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu", o numerze referencyjnym U89/2020/PI/PLNG (dalej: Umowa IK). Ta nienależyta realizacja Umowy IK przez Konsorcjum doprowadziła do jej wypowiedzenia przez Zamawiającego w dniu 30 grudnia 2021 r. ze skutkiem natychmiastowym w zakresie niewykonywanej przez Konsorcjum części usług i ewentualnego odstąpienia od Umowy IK

z przyczyn leżących po stronie Konsorcjum oraz nałożenia na Konsorcjum kar umownych, a zasadność wypowiedzenia czy też odstąpienia od Umowy IK nie została przez Odwołującego zakwestionowana w postępowaniu sądowym.

Odwołujący podniósł, że realizacja Umowy IK przestała być celowa z perspektywy Zamawiającego, przez co Zamawiający usiłował zakończyć ją przed czasem, unikając jednocześnie konsekwencji prawnych i finansowych, czego dokonano kosztem Odwołującego. Ponadto, wykluczenie Odwołującego z postępowania, w jego ocenie stanowi element strategii procesowej Zamawiającego na potrzeby sporu sądowego, dotyczącego roszczeń Odwołującego, wynikających z przedterminowego zakończenia realizacji Umowy IK, bez ważnych powodów.

Odwołujący wskazał, że Umowa IK została podpisana przez Konsorcjum z LNG S.A. (spółką przejętą przez GazSystem S.A.) 1 września 2020 r. Jej przedmiotem było pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla inwestycji polegającej na rozbudowie Terminala LNG S.A. w Świnoujściu, w ramach której wydzielone zostały trzy podprojekty, tj. „Projekt SCV" (GR1), „Projekt Zbiornik" (GR2) i „Projekt nadbrzeże" (GR3). W toku realizacji Umowy IK zaistniały dwa kluczowe problemy generujące spór pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym. Po pierwsze, Zamawiający nie dostosował umów wykonawczych w zakresie harmonogramów i terminów z harmonogramami i terminami Umowy IK w taki sposób, że postanowienia tych umów były wzajemnie sprzeczne, a wykonawcy nie musieli zgodnie ze swoimi umowami rezerwować w harmonogramie zapasu czasu na czynności, które zgodnie ze swoją umową miał wykonać Inżynier Kontraktu. Po drugie, Zamawiający zbyt późno wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na wybór Inżyniera Kontraktu. Umowy wykonawcze rozpoczęły się zanim IK przystąpił do pracy, w przypadku umowy na GR1, nawet 7 miesięcy wcześniej. Powyższe doprowadziło ze strony Zamawiającego do braku współpracy przy realizacji obowiązków umownych, braku należytej współpracy przy usuwaniu błędów w dokumentacji, braku wsparcia przy egzekwowaniu od wykonawcy należytej jakości robót, a także braku płatności na rzecz Odwołującego, pomimo braku podstaw kontraktowych do ich wstrzymania.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w toku realizacji Umowy IK zorientował się, że działania Konsorcjum, wynikające z przestrzegania warunków umownych, stoją w sprzeczności z realizacją rzeczywistych priorytetów Zamawiającego przy realizacji inwestycji i w konsekwencji podjął decyzję biznesową o zakończeniu współpracy z Konsorcjum oraz dokończeniu inwestycji bez wsparcia zewnętrznego inżyniera kontraktu. Tym samym, Zamawiający rozpoczął rozbudowę struktury w ramach swojej organizacji, która miała na celu zastąpienie Konsorcjum w realizacji obowiązków wynikających z Umowy IK, z wyjątkiem tych, które wynikały z przepisów techniczno-budowlanych. Jednocześnie, celem

znalezienia podstaw do wypowiedzenia Umowy IK, której realizacja z perspektywy Zamawiającego była bezprzedmiotowa, zaczął on zarzucać Konsorcjum brak prawidłowej realizacji umowy. Zamawiający rozpoczął z IK korespondencję tzw. „procesową," zarzucając IK już raptem po 2 z 48 miesięcy realizacji kontraktu brak prawidłowego działania, grożąc naliczeniem kar umownych przewyższających wartość zafakturowanych do tego czasu robót i rozwiązaniem umowy z winy IK. W tym samym czasie Zamawiający wstrzymał również zatwierdzanie raportów miesięcznych, stanowiących podstawę do wystawienia faktur, co w konsekwencji wstrzymało wypłatę wynagrodzenia Konsorcjum za wykonywaną pracę. Ponadto, budowa struktury mającej na celu zastąpienie Konsorcjum przy pełnieniu funkcji inżyniera kontraktu odbywała się w oparciu o dostępny personel Konsorcjum (byłych pracowników lub współpracowników), by na koniec, po wypowiedzeniu Umowy IK, zakończyć się przejęciem kluczowych specjalistów zatrudnianych wcześniej przez Konsorcjum, w tym również inspektorów nadzoru inwestorskiego. Wszystkie wyżej wskazane działania Zamawiającego prowadziły do stopniowego wygaszania funkcji inżyniera kontraktu przy realizacji inwestycji.

Odwołujący zaznaczył, że kluczowy argument Zamawiającego zawarty w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania o nieprzedłożeniu przez Konsorcjum polisy ubezpieczeniowej ma charakter fasadowy, przedmiotowa polisa została bowiem dostarczona Zamawiającemu przez Multiconsult, a jego konsorcjant SOFREGAZ SAS nie miał obowiązku dostarczania osobnej polisy.

Odwołujący podniósł, że mimo skuteczności wypowiedzenia Umowy IK przez Zamawiającego, czego Odwołujący na tym etapie nie kwestionuje, nie sposób uznać, że do jej wypowiedzenia skłoniły go ważne powody wymienione w treści oświadczenia o wypowiedzeniu z 30 grudnia 2021 r. Zamawiający wypowiedział Umowę IK bez ważnych powodów (w ocenie Odwołującego z własnych powodów biznesowych), jednak w uzasadnieniu wypowiedzenia przerzucił odpowiedzialność na Konsorcjum. Odwołujący od początku kwestionuje wszystkie zarzuty Zamawiającego będące rzekomą przyczyną wypowiedzenia. W związku z wypowiedzeniem Umowy IK przez Zamawiającego, po stronie Odwołującego powstały bardzo znaczące roszczenia finansowe, których Odwołujący zamierza dochodzić na drodze sądowej.

Zdaniem Odwołującego, w zaistniałej sytuacji, w której wszystkie okoliczności zakończenia realizacji Umowy IK są sporne, Zamawiający nie ma podstaw, by z góry przesądzić wynik sporu. W szczególności, Zamawiający nie może rozstrzygać na tym etapie o zasadności roszczeń Odwołującego wynikających z przedwczesnego zakończenia Umowy IK. Wykluczenie z postępowania jest w ocenie Odwołującego działaniem mającym wywrzeć wrażenie, że roszczenia cywilne Odwołującego są bezzasadne.

Ponadto Odwołujący podniósł, że wezwanie do wyjaśnień z 29 sierpnia 2023 r. miało przede wszystkim na celu zmuszenie Odwołującego do przeprowadzenia samooczyszczenia. Zamawiający, jako strona Umowy IK oraz sporu, ma wszelkie dokumenty oraz informacje związane ze sprawą. Oczywistym jest, że Odwołujący nie mógł przedstawić żadnych dodatkowych dokumentów, nieznanych wcześniej Zamawiającemu. Rzeczywistym celem Zamawiającego, było wymuszenie na Odwołującym dokonanie samooczyszczenia, co w sposób jednoznaczny osłabiłoby pozycję Odwołującego w postępowaniu sądowym lub wręcz pozbawiłoby go możliwości dochodzenia swoich praw przed sądem. Jest bowiem oczywiste, że warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest w szczególności przyznanie, że doszło do zdarzenia, które wymaga samooczyszczenia. W tej sytuacji dokonanie samooczyszczenia oznaczałoby zaprzeczenie istnieniu podstaw roszczeń przeciwko Zamawiającemu. Odwołujący podkreślił, że dokonanie samooczyszczenia nie jest możliwe w sytuacji, gdy wobec Odwołującego nie zachodzi omawiana przesłanka wykluczenia. Nie zmienia to faktu, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień i załączył odpowiednie dokumenty.

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający podkreślał, że Odwołujący nie zakwestionował w postępowaniu sądowym ani podstaw faktycznych, ani prawnych wypowiedzenia Umowy IK czy też odstąpienia od niej. Zamawiający wskazywał, że to Multiconsult zainicjował postępowanie mające na celu wypracowanie i zawarcie ugody z Zamawiającym. Odwołujący potwierdził, że mając na uwadze chęć polubownego rozwiązania sporu z Zamawiającym, złożył do sądu wniosek o zawezwanie do próby ugodowej. Próba polubownego rozstrzygnięcia zakończyła się niepowodzeniem, jednak nie oznacza to rezygnacji Odwołującego z dochodzenia roszczeń, czego Zamawiający z pewnością jest świadomy. Na dowód tego Odwołujący załączył wniosek o zawezwanie do próby ugodowej z 29 grudnia 2022 r. (Załącznik nr 4 – tajemnica przedsiębiorstwa) oraz protokół z posiedzenia w sprawie zawezwania do próby ugodowej z 17 lutego 2023 r. (Załącznik nr 5 – tajemnica przedsiębiorstwa).

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie ma żadnych podstaw, aby na etapie prowadzonego postępowania rozstrzygać trwający spór dotyczący Umowy IK, zwłaszcza że jest stroną tego sporu, więc siłą rzeczy jego stanowisko nie może być uznane za obiektywne. Ponadto, wszelkie rozstrzygnięcia co do zaistniałego sporu oraz roszczeń Odwołującego na tym etapie, należy uznać za przedwczesne. Przedmiotem badania będą bowiem setki dokumentów oraz analizy biegłych, zarówno powołanych przez sąd, jak i zgłoszonych przez strony.

Dalej Odwołujący wskazał, że wskazane w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego podstawy wypowiedzenia umowy oraz przywołane na te okoliczność dowody, są wyrwane

z kontekstu. Pisma te w znakomitej większości przygotowane przez Zamawiającego w związku z realizacją Umowy IK. W żaden sposób nie potwierdzają faktów i zawierają jedynie stanowisko Zamawiającego.

Odwołujący zaprzeczył wszystkim zarzutom stawianym przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia i podniósł, że okoliczności powoływane przez Zamawiającego, nie mogły stanowić podstawy dla wypowiedzenia Umowy IK z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Biorąc pod uwagę fakt, że zarzuty te zostały już podniesione w oświadczeniu Zamawiającego o wypowiedzeniu z 30 grudnia 2021 r., Odwołujący szczegółowo się do nich odniósł w piśmie z 4 stycznia 2022 r. (Załącznik nr 6). Odwołujący podtrzymał stanowisko argumentację przedstawioną w tym piśmie. Jednocześnie, w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości, Odwołujący wskazał, że w powyższym piśmie uznał oświadczenie Zamawiającego o wypowiedzeniu umowy za bezskuteczne, jednak po ponownym przeanalizowaniu dokumentów stwierdził, że wypowiedzenie było to skuteczne, jednak nastąpiło bez ważnych powodów, na podstawie art. 746 § 1 Kc (aktualne stanowisko Odwołującego, wyrażone również we wniosku o zawezwanie do próby ugodowej).

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Konsorcjum, które pierwotnie uważało oświadczenie Zamawiającego o zerwaniu Umowy IK za nieskuteczne, z uwagi na fakt, że Zamawiający próbował zerwać Umowę IK, w połączeniu z licznymi przykładami nielojalnych wobec Konsorcjum działań Zamawiającego, utraciło zaufanie do Zamawiającego i 31 grudnia 2021 r. złożyło oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy IK z ważnych powodów na podstawie art. 746 § 2 Kc (pismo Odwołującego z dnia 31 grudnia 2021 r. – załącznik nr 7). Jako przykłady nielojalnych działań Zamawiającego Konsorcjum wskazało:

- uporczywe i bezpodstawne odmawianie akceptacji przedkładanych przez IK raportów miesięcznych skutkujące brakiem zapłaty wynagrodzenia należnego Inżynierowi od początku 2021 r., pomimo należytego świadczenia usług przez Inżyniera i braku

podstaw do wstrzymywania płatności lub uniemożliwiania otrzymania zapłaty;

- brak współdziałania ze strony Zamawiającego w świadczeniu usług przez Inżyniera w przypadkach opisanych m.in. w pismach Inżyniera Kontraktu nr 4818CR-PL-0097/SG z 22 grudnia 2021 r., nr 4818-CR-PL-0061/TJ z 10 sierpnia 2021 r., nr 4818-CR-PL-0087/SG z 10 grudnia 2021 r.;

- sprzeczne oświadczenia i sygnały ze strony Zamawiającego odnośnie kluczowych dla realizacji Umowy IK kwestii, np. procedury wprowadzania zmian w ramach Umów Wykonawczych, weryfikacji dokumentacji czy udzielania przez Zamawiającego jako autora Umów Wykonawczych interpretacji ich niejasnych i wewnętrznie sprzecznych postanowień;

- brak po stronie Zamawiającego woli uregulowania kwestii płatności na rzecz Inżyniera za zawieszony przez Zamawiającego zakres Usług IK dotyczący realizacji Projektu SCV;

- ustawiczne zgłaszanie przez Zamawiającego całkowicie nieuzasadnionych uwag do pracy Inżyniera; zastrzeżenia te dotyczyły nawet najbardziej newralgicznych dla inwestycji aspektów, mimo że eksperci działający na zlecenie Zamawiającego potwierdzili prawidłowość działania Inżyniera w tym obszarze (opinia KPMG z 2

listopada 2021 r., opinia Chodor-Projekt sp. z o.o. z 30 listopada 2021 r.);

- wywieranie na Inżynierze presji do podejmowania działań niezgodnych z postanowieniami Umów Wykonawczych oraz mogących naruszać zasady związane z dofinansowaniem inwestycji, a nawet działań noszących znamiona czynów

zabronionych.

Dalej Odwołujący wskazał, że po wypowiedzeniu umowy Zamawiający przesłał wykonawcy notę obciążeniową dotyczącą naliczenia kar umownych z tytułu rzekomej zwłoki w ocenie dokumentacji oraz braku oceny dokumentacji. Wykonawca nie uznał noty i odesłał ją bez księgowania, wskazując, że naliczenie przedmiotowych kar umownych jest pozbawione podstaw prawnych i kontraktowych oraz nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy. Co istotne, Zamawiający nie podjął żadnych dalszych kroków w celu wyegzekwowania rzekomych kar, w szczególności nie potrącił kar umownych z wynagrodzenia zapłaconego wykonawcy ani nie zrealizował zarówno w trakcie trwania umowy jak i już po jej zakończeniu uprawnień z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający nie przesłał ponownie noty obciążeniowej do wykonawcy. W ocenie Odwołującego, brak podjęcia wspomnianych działań przez Zamawiającego jest znaczący. Gdyby jego roszczenia były oparte na rzeczywistych podstawach, to ich niedochodzenie mogłoby zostać potraktowane jako działanie na niekorzyść Zamawiającego poprzez niedopełnienie obowiązków, mogące wyrządzić mu znaczną szkodę majątkową. Odwołujący natomiast, w odróżnieniu od Zamawiającego, podjął działania zmierzające do ochrony swoich praw i wyegzekwowania roszczeń, podejmując w pierwszej kolejności próbę doprowadzenia do zawarcia sądowej ugody. Niepowodzenie tej próby zmusiło Odwołującego do podjęcia działań dalej idących i powierzenia profesjonalnej kancelarii prawnej poprowadzenia sporu sądowego.

Odwołujący powołał się na stanowisko prezentowane w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z którym podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Zamawiający musi jednak wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po

stronie wykonawcy. Nie obejmuje to przyczyn, za które żadna ze stron umowy nie odpowiada, zwłaszcza noszących znamiona siły wyższej lub związanych z zachowaniem osób trzecich. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że z przyczyn leżących po stronie Odwołującego doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania Umowy IK, które miałoby doprowadzić do jej wypowiedzenia. Jedynym bezspornym faktem jest to, że Zamawiający wypowiedział Umowę IK. Odwołujący natomiast stanowczo kwestionuje każdą z przedstawionych podstaw wypowiedzenia i stoi na stanowisku, że nastąpiło ono bez ważnych przyczyn, a nie z powodu nienależytego wykonania lub niewykonania Umowy IK z przyczyn leżących po stronie Konsorcjum.

Zarzut nr 2

Odwołujący wskazał, że załączył do JEDZ dokument pn. Informacja Wykonawcy, w którym, w celu dochowania najwyższej staranności i transparentności, opisał wszystkie umowy w sprawie zamówienia publicznego zakończone przed czasem, pomimo tego, że nie zostały zakończone z przyczyn leżących po jego stronie. Następnie, 5 września 2023 r., przesłał Zamawiającemu aktualizację tego dokumentu, uzupełniając go o informację o odstąpieniu przez Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. (dalej jako: „CPK") od umowy z 23 lipca 2021 r. na opracowanie studium techniczno-ekonomicznośrodowiskowego dla projektu pn. „Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Łódź-Sieradz Północny i linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny – Kępno – Czernica Wrocławska – Wrocław Główny" (dalej jako: „Umowa na opracowanie studium"), zawartej z wykonawcą Multiconsult, działającym w konsorcjum z Arcadis sp. z o.o., Transprojekt Gdańsk sp. z o.o., IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo sp. z o.o. (Informacja Wykonawcy – Załącznik nr 8, zaktualizowana Informacja Wykonawcy wraz z pismem przewodnim – Załącznik nr 9).

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z uzasadnieniem wykluczenia Odwołującego z postępowania, podstawą do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, było rzekome zatajenie przez Odwołującego na etapie składania podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu, informacji o wcześniejszym odstąpieniu przez CPK od umowy. Zamawiający podał, że informację o odstąpieniu przez CPK od umowy uzyskał niejako przypadkowo, dopiero po wezwaniu Odwołującego pismem z 29 sierpnia 2023 r. do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów w zakresie oświadczenia określonego w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie Zamawiającego na dzień przedkładania podmiotowych środków dowodowych oraz potwierdzenia aktualności JEDZ, tj. 25 lipca 2023 r., Odwołujący zataił informację w zakresie niepodlegania wykluczeniu z postępowania. Zamawiający podkreślił, że jego rolą jest analiza, czy Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, w oparciu o kompletne informacje przekazane przez Odwołującego w JEDZ, a Odwołujący, zatajając informację o rozwiązanej umowie, uniemożliwił

Zamawiającemu powzięcie informacji w tym zakresie w najwcześniejszym możliwym terminie.

Odwołujący podniósł, że fakt odstąpienia od Umowy na opracowanie studium przez CPK nie może stanowić przesłanki wykluczenia z postępowania. Tym samym Odwołujący w żaden sposób nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, a wszelkie oświadczenia składane w tym zakresie w postępowaniu były zgodne z prawdą. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający również nie wykluczył Odwołującego z powodu samego odstąpienia (na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp), ale z powodu rzekomego wprowadzenia w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp).

Dalej Odwołujący podniósł, że żaden przepis ustawy Pzp nie obliguje wykonawcy do ujawniania informacji o umowach zakończonych przed czasem, które nie wypełniają przesłanek wykluczenia. Co więcej, żaden przepis nie obliguje do składania aktualizacji informacji o zaistnieniu wobec niego możliwych podstaw do wykluczenia z postępowania. W

konsekwencji, ustawa nie przewiduje również ustawowych terminów na dokonanie aktualizacji takich dokumentów, jak złożona przez Odwołującego Informacja Wykonawcy. Tym samym, Odwołujący przekazał zarówno Informację Wykonawcy, jak i aktualizację tejże Informacji, nie na wezwanie, lecz z własnej woli – celem dochowania najwyższej staranności, zachowania transparentności wobec Zamawiającego oraz uniknięcia ewentualnych wątpliwości co do jego sytuacji podmiotowej.

Odwołujący podkreślił, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, aktualizacja Informacji Wykonawcy nie została złożona w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, a z inicjatywy Odwołującego, w dniu 5 września 2023 r. W tym samym okresie Odwołujący przesłał aktualizację zamawiającym we wszystkich postępowaniach, w których brał udział w tamtym czasie. Pismo to nie miało żadnego związku z wezwaniem Zamawiającego. Odpowiedź na wezwanie została złożona w 6 września 2023 r. Ponadto aktualizacja została złożona jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej, przez co nie miała wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący podniósł, że przygotował i złożył aktualizację Informacji Wykonawcy niezwłocznie. Wskazał, że chociaż odstąpienie przez CPK od umowy miało miejsce 22 czerwca 2023 r., to Odwołujący musiał wykonać szereg czynności i analiz, zanim podjął decyzję o konieczności aktualizacji Informacji Wykonawcy i rozesłaniu jej do zamawiających. W pierwszej kolejności, Odwołujący, przy pomocy zewnętrznych doradców i prawników musiał ocenić skuteczność oświadczenia o odstąpieniu i jego potencjalne skutki. W drugim kroku, mając na uwadze obowiązujące go klauzule o poufności oraz prowadzone postępowanie mediacyjne, Odwołujący skierował do CPK pismo, w którym poprosił CPK

o potwierdzenie możliwości ujawnienia informacji o odstąpieniu, co uczynił 18 lipca 2023 r. W odpowiedzi na pismo Multiconsult, 11 sierpnia 2023 r. CPK przekazało Odwołującemu informację o dopuszczalności ujawnienia przez Odwołującego faktu odstąpienia od umowy oraz faktu prowadzonej z CPK mediacji. Tym samym, CPK udzieliło odpowiedzi w przedmiocie dopuszczalności ujawnienia informacji o odstąpieniu od umowy po terminie wyznaczonym przez Zamawiającego na złożenie podmiotowych środków dowodowych, co potwierdza korespondencja mailowa prowadzona między Odwołującym a CPK. Jednocześnie Odwołujący niezwłocznie po uzyskaniu zgody CPK na ujawnienie informacji podjął szereg czynności mających na celu zaktualizowanie dokumentu „Informacja Wykonawcy". W tym stanie rzeczy Odwołujący dołożył wszelkich starań, aby jak najsprawniej zaktualizować dokument. Ostateczny kształt dokumentu był w dużej mierze uzależniony od ustaleń prowadzonych z CPK, co było czynnikiem niezależnym od Odwołującego. Ponadto, istotny wpływ na czas powyższej procedury miał fakt, że była realizowana przy zaangażowaniu doradców zewnętrznych, w trakcie okresu urlopowego. Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę doniosłość rzeczonego opracowania, jego poziom skomplikowania pod kątem technicznym i prawnym oraz liczbę podmiotów zaangażowanych w jego przygotowanie, został przygotowany i złożony przez Odwołującego niezwłocznie.

W ocenie Odwołującego odstąpienie przez CPK od umowy nie może stanowić podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp. Okoliczność tę potwierdza fakt, że Odwołujący i CPK są obecnie w toku postępowania mediacyjnego, w wyniku którego, zgodnie z deklaracjami obu stron, zatwierdzona została ostateczna treść ugody, a obecnie trwa procedura jej podpisywania. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący nie miał obowiązku informowania o odstąpieniu przez CPK od umowy, okoliczność ta bowiem nie może stanowić podstawy wykluczenia. Tym samym, Odwołujący nie miał też obowiązku zaktualizowania Informacji Wykonawcy w określonym terminie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Zarzut nr 1

Zarzut jest zasadny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w punkcie XI SWZ przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący w złożonym dokumencie JEDZ (Części III „Podstawy wykluczenia" pkt C: podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) udzielił odpowiedzi twierdzącej 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? Jednocześnie Odwołujący odpowiedział, że nie przedsięwziął środków w celu samooczyszczenia.

Odwołujący załączył do JEDZ dokument pn. Informacja wykonawcy, w którym wskazał, że w celu rozwiania ewentualnych wątpliwości Zamawiającego oraz uniknięcia ewentualnego zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, z daleko posuniętej ostrożności informuje, że w ramach zamówienia na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla inwestycji "Rozbudowa części lądowej terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu" oraz "Rozbudowa części morskiej terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu ", na podstawie umowy nr U89/2020/PI/PLNG zawartej w dniu 1 września 2020 r. z Zamawiającym Polskie LNG S.A. („Zamówienie Świnoujście"), Zamawiający Polskie LNG S.A (spółka przejęta przez Gaz-System S.A.) przekazał konsorcjum wykonawców w składzie (i) Multiconsult Polska sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz (ii) SOFREGAZ SAS (Partner Konsorcjum) oświadczenie o

wypowiedzeniu umowy z dnia 30 grudnia 2021 r., które zostało w całości zakwestionowane przez Konsorcjum jako pozbawione jakichkolwiek podstaw faktycznych, prawnych lub kontraktowych. Odwołujący zastrzegł, że powyższy przypadek nie może stanowić podstawy wykluczenia Multiconsult z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności, nie wypełnia przesłanek wykluczenia z postępowania określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. Wykonawca poinformował m.in., że Zamawiający złożył oświadczenie z dnia 30 grudnia 2021 r. o wypowiedzeniu umowy, wskazując m.in. że, Konsorcjum nie dostarczyło w terminie polis ubezpieczeniowych (mimo że w rzeczywistości polisy były zawarte, a interes Zamawiającego Polskie LNG S.A. (Gaz System S.A.) zabezpieczony), zarzucając konsorcjum rzekome działanie niezgodne z interesem Zamawiającego Polskie LNG S.A. (Gaz System S.A.), brak wystarczającej jakości lub treści przedkładanych przez Konsorcjum dokumentów (raportów, opinii), brak nadzoru nad korespondencją, brak terminowości opiniowania dokumentacji projektowej oraz zmianę personelu bez zgody Zamawiającego, z którymi to zarzutami Wykonawca całkowicie się nie

zgadza. Co istotne, Zamawiający nie poparł większości postawionych w ww. piśmie zarzutów żadnym uzasadnieniem, ograniczając się jedynie do wylistowania rzekomych uchybień, bądź ogólnikowych stwierdzeń. Pismem z dnia 31 grudnia 2021 r. oraz, uzupełniająco, pismem z dnia 4 stycznia 2022 r. Konsorcjum zakwestionowało oświadczenie Zamawiającego w całości, wykazując, że wszystkie zarzuty stawiane Konsorcjum są całkowicie bezpodstawne i nieuzasadnione. Wykonawca wskazał: Konsorcjum wskazało w swoim stanowisku m.in., że realizowało umowę zgodnie z jej postanowieniami, w sposób prawidłowy i zgodny z prawem oraz zawartymi przez Zamawiającego umowami wykonawczymi. Natomiast Zamawiający w swoim oświadczeniu o wypowiedzeniu umowy usiłuje w sposób bezpodstawny przerzucić na Konsorcjum odpowiedzialność za własne uchybienia w zakresie nadzoru, terminowości i wypełniania obowiązków umownych oraz uchybienia podmiotu realizującego umowę wykonawczą na rozbudowę terminalu. Stawiane przez Zamawiającego zarzuty są całkowicie nieuprawnione, oparte na nieprawdziwych założeniach i nie zostały poparte uzasadnieniem. Oczywiście bezzasadny jest również zarzut dotyczący polisy ubezpieczeniowej, bowiem Konsorcjum posiadało polisę spełniającą wszystkie wymogi zawarte w umowie, a interes Zamawiającego był w pełni zabezpieczony. Ponadto wykonawca poinformował, że aktualnie trwa spór z Zamawiającym co do roszczeń wynikających z umowy oraz że w wyniku złożenia przez niego wniosku o zawezwanie do próby ugodowej w przedmiocie jego roszczeń wobec Zamawiającego z tytułu realizacji i przedwczesnego zerwania powyższej umowy, odbyło się posiedzenie przed sądem, jednak, z uwagi na brak osiągnięcia porozumienia przez strony, do zawarcia ugody nie doszło. Wykonawca oświadczył, że nadal wyraża on wolę i dąży do ugodowego zakończenia trwającego między stronami sporu.

Pismem z 29 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do przedłożenia szczegółowego uzasadnienia wraz z dowodami, które wykażą, że nie podlega on wykluczeniu z przedmiotowego postępowania na podstawie art.109 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy wskazanej w Informacji wykonawcy. Alternatywnie, w przypadku niemożności przedłożenia szczegółowego uzasadnienia wraz z dowodami, Zamawiający wezwał do przedstawienia przedsięwziętych w celu samooczyszczenia środków wraz z ich opisem, zgodnie z dyspozycją art. 110 ust. 2 ustawy Pzp oraz do poprawienia oświadczenia JEDZ w tym zakresie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący zwrócił uwagę, że umowa była realizowana na rzecz Zamawiającego, zatem wszelkie okoliczności związane z realizacją i przedwczesnym zakończeniem umowy są Zamawiającemu znane oraz że jest on w posiadaniu wszystkich dokumentów w tym zakresie. Niezależnie od powyższego

Odwołujący przedstawił informacje na temat przebiegu inwestycji, podtrzymując tezę, że przedmiotowa umowa nie została zakończona przed czasem z przyczyn leżących po jego stronie, a tym samym nie stanowi to podstawy do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp.

Pismem z 24 października 2023 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w związku z nienależytą realizacją przez wykonawcę działającego w Konsorcjum: Multiconsult Polska Sp. z o.o., SOFREGAZ, umowy nr U89/2020/PI/PLNG.

W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał m.in., że zachowanie Wykonawcy towarzyszące realizacji Umowy w sposób rażący odbiegało od standardu świadczenia usług, jakiego należy oczekiwać od podmiotu profesjonalnego oraz od standardu podobnych podmiotów świadczących usługi, polegające na pełnieniu funkcji inżyniera kontaktu, a przede wszystkim uchybiało wymaganiom Zamawiającego, określonym w Umowie. Co więcej, zachowanie i uchybienia, których dopuścił się Wykonawca – opisane w pkt II.6a2 niniejszego uzasadnienia - dalece odbiegały od minimalnego miernika należytej staranności, którego można oczekiwać od podmiotu profesjonalnego. (…) W ocenie Zamawiającego Wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, w sposób nienależyty wykonywał swoje obowiązki wynikające z Umowy (opisane szczegółowo w punkcie II.6a2 niniejszego uzasadnienia). Zarówno skala, charakter oraz uporczywość uchybień, których dopuścił się Wykonawca w związku z realizacją Umowy, w tym niewykonywanie obowiązków wynikających z Umowy, nagminne ignorowanie uwag Zamawiającego, które poparte były wymogami Umowy, skala i elementarny charakter błędów podczas wykonywania opracowań (raportów, opinii), objętych przedmiotem Umowy, dopuszczanie się zwłoki w szczególności w zakresie opiniowania Dokumentacji, znaczące opóźnienia w realizacji przedmiotu Umowy w tym zagrażające terminowemu ukończeniu procesu inwestycyjnego rodzące po stronie Zamawiającego ryzyko zasadnych roszczeń dot. wydłużenia czasu realizacji inwestycji oraz poniesienia dodatkowych kosztów na rzecz Wykonawców realizujących obydwa Projekty, świadczą o nienależytym wykonaniu Umowy w znacznym stopniu oraz w sposób istotny i długotrwały. Wykonawca nie tylko nie zrealizował istotnej części Umowy (umowa miała obowiązywać przez 48 miesięcy, natomiast została przedwcześnie zakończona z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy po upływie niespełna 16 miesięcy), ale również w sposób długotrwały nienależycie wykonywał Umowę w okresie jej obowiązywania. Co więcej, realizacja usługi dotyczyła projektu o istotnym i strategicznym

znaczeniu dla bezpieczeństwa energetycznego Rzeczypospolitej Polskiej, a tym samym dla Zamawiającego kluczowe znaczenie miało rzetelne i terminowe wykonania zamówienia. Nie bez znaczenia był również fakt, że rzeczony Projekt był dofinansowany ze środków Europejskiego Funduszu

Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020, a jego nieterminowa realizacja obarczona ryzykiem utraty przyznanej dotacji bądź jej części. (…) nienależyte wykonywanie Umowy doprowadziło do wypowiedzenia przez Zamawiającego w dniu 30 grudnia 2021 r. Umowy IK ze skutkiem natychmiastowym w zakresie niewykonanej przez Inżyniera części Usług IK i ewentualnego odstąpienia od tej Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy oraz nałożenia na Wykonawcę kar umownych, które należy rozumieć jako „odszkodowanie" w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP. (…) Co istotne, Wykonawca do tej pory nie zakwestionował w postępowaniu sądowym ani podstaw faktycznych ani podstaw prawnych wypowiedzenia ani odstąpienia. Jednocześnie warto zauważyć, że to Wykonawca zainicjował postępowanie przed sądem mające na celu wypracowanie i zawarcie ugody z Zamawiającym, zapewne uznając, że będzie to z jego perspektywy rozwiązanie mniej ryzykowne, niż wdawanie się w spór z Zamawiającym przed sądem powszechnym. (…)

Zamawiający wskazał następujące okoliczności towarzyszące wykonaniu Umowy IK:

1) Ciężkie naruszenie umowy polegające na niedostarczeniu Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zawarcie polisy ubezpieczeniowej zgodnie z art. 13 Umowy IK

Zgodnie z art. 13.1 Umowy IK Inżynier Kontraktu zobowiązany był do ubezpieczenia na własny koszt i zapewnienia ciągłości ubezpieczenia w zakresie wszystkich ryzyk opisanych w Umowie IK na warunkach określonych w art. 13 Umowy IK. W szczególności, Inżynier Kontraktu zobowiązany był w terminie 14 dni od dnia podpisania Umowy IK przedłożyć Zamawiającemu polisę albo polisy ubezpieczeniowe lub inne dokumenty potwierdzające zawarcie umowy ubezpieczenia. Obowiązek ten obejmował przedłożenie dokumentów potwierdzających zawarcie umów ubezpieczenia dotyczących wszystkich członków konsorcjum występującego jako Inżynier Kontraktu. Pomimo szeregu wezwań Zamawiającego, w tym sformułowanych w pismach: z 27 listopada 2020 r. oraz 23 grudnia 2020 r., Inżynier, wbrew zapewnieniom, do dnia złożenia wypowiedzenia, tj. do 30.12.2021 r. nie dopełnił powyższego obowiązku i nie przedłożył polisy ubezpieczeniowej konsorcjanta Sofregaz SAS, spełniającej kryteria opisane w art. 13 Umowy.

2) Działania sprzeczne z interesem Zamawiającego, w tym zagrażające terminowego kończeniu procesu inwestycyjnego, które doprowadziły do utraty przez Zamawiającego zaufania do inżyniera

- brak wystarczającej jakości lub treści przedkładanych przez Inżyniera dokumentów, w tym Raportów miesięcznych, raportów z prowadzonych inspekcji, jak i opinii Inżyniera dotyczących przedkładanych przez Wykonawcę dokumentów, w tym brak

przedstawiania istotnych zagadnień lub ustaleń, brak spójności stanowiska Inżyniera, ograniczanie się do oceny zagadnień o znaczeniu jedynie formalnym, jak i brak prawidłowości formułowanych ocen;

- przyjęcie przez Inżyniera marży Wykonawcy (w ramach szacowania wartości Zmiany dotyczącej stanowiska cumowniczego) w wysokości pięciokrotnie wyższej niż przewiduje to Kontrakt, tj. 15% zamiast 3%, co stanowi działanie na szkodę Zamawiającego;

- przedłożenie Zamawiającemu jako aktualnej, wyceny dotyczącej Zmiany, o której mowa w pkt b) powyżej, przekazanej Zamawiającemu rok wcześniej, po uprzedniej jej zmianie jedynie w zakresie daty;

- brak podejmowania przez Inżyniera działań celem skierowania na drogę procedury Zmiany, zgodnie z klauzulą 13.2 Warunków Kontraktu lub (2) odrzucenia bez rozpatrywania, formalnie lub nieformalnie, wniesionych propozycji technicznych Wykonawcy zmierzających do Zmiany wymagań programu funkcjonalno-użytkowego (PFU), a w konsekwencji również przede wszystkim do obniżenia kosztów po stronie Wykonawcy, co mogło doprowadzić do naruszenia interesów Zamawiającego m.in. poprzez poniesienie wyższych kosztów realizacji inwestycji pomimo faktycznego ich obniżenia;

- brak wiedzy Inżyniera odnośnie pochodzenia poszczególnych Zmian, w szczególności powodujących zmniejszenie wartości kontraktowej Robót, pomimo bezpośredniego udziału IK w podejmowanych ustaleniach, lub rekomendowanie Zamawiającemu podjęcia działań niezgodnych z Umowami Wykonawczymi w odniesieniu do ww. Zmian, wbrew interesowi Zamawiającego;

- nieprawidłowe zastosowanie skutkiem wykładni postanowień Umów Wykonawczych w zakresie obowiązków Inżyniera Kontraktu, dokonanej w sposób pomijający zasady wykładni wynikające z przepisów prawa i prowadzący do nieznajdującego uzasadnienia wniosku, zgodnie z którym Inżynier nie ma obowiązku, ani możliwości działania w obszarze dotyczącym procedowania Zmian, w szczególności w razie niewypełnienia przez Wykonawcę wszystkich wymagań kontraktowych, co

doprowadziło do paraliżu we wprowadzaniu Zmian, w tym niezbędnych

z technicznego punktu widzenia, czy rekomendowania przez Wykonawcę odrzucenia korzystnych dla Zamawiającego Zmian;

- brak merytorycznej oceny Propozycji Zmian również w zakresie, w jakim Wykonawca uzasadniał lub przedstawiał szczegółowe kalkulacje odnośnie do wpływu danej Zmiany na inne prace;

- dokonywanie zmiany w Personelu IK bez uzyskania uprzedniej zgody Zamawiającego zgodnie z wymaganiami art. 7.1.6 Umowy IK, w tym poprzez faktyczne odsuwanie od wykonywania zadań przed złożeniem wniosku o wyrażenie wymaganej zgody, jak i zgłaszanie Zamawiającemu nowych członków Personelu IK do pełnienia określonych funkcji od określonego momentu pomimo braku faktycznego ich powierzenia bądź wykonywania przez te osoby w deklarowanym terminie, co dotyczy również kierownika/specjalisty ds. zmian i roszczeń (change and claim manager), tj. kluczowego członka Personelu IK, którego zadeklarowana w ofercie dostępność stanowiła kryterium oceny ofert w postępowaniu, w wyniku którego zawarto umowę z Wykonawcą.

- brak sprawowania należytego nadzoru nad obiegiem korespondencji (zarówno wewnątrz Konsorcjum Inżyniera, jak i w komunikacji na zewnątrz z Zamawiającym i Wykonawcą);

- brak terminowości opiniowania Dokumentacji Projektowej, który doprowadził do powstania znaczących opóźnień,

- niewywiązywanie się z deklaracji wdrożenia kolejnych planów naprawczych;

- prowadzenie negocjacji w złej wierze w przedmiocie aneksu do Umowy IK, bez woli ostatecznego jego zawarcia.

3) Zwłoka w realizacji usług Inżyniera Kontraktu, w szczególności w zakresie opiniowania dokumentacji

Od rozpoczęcia współpracy terminowość i jakość realizowanych przez Inżyniera Usług IK m.in. w zakresie opiniowania Dokumentacji Projektowej były niezadowalające. Pomimo kierowanych wezwań i prowadzonych rozmów, realizacja Usług IK nie uległa poprawie, a opóźnienia w opiniowaniu Dokumentacji Projektowej systematycznie narastały z przyczyn leżących po stronie Inżyniera Kontraktu. Poprawy nie przyniosło także zawieszenie przez Zamawiającego od dnia 4 stycznia 2021 r. realizacji Usług IK w zakresie Projektu SCV, które zwolniło Inżyniera Kontraktu z konieczności realizacji wielu obowiązków, a tym samym umożliwiło Inżynierowi zwiększenie nakładu pracy w związku z dalszą realizacją Usług IK w pozostałym zakresie.

Od początku 2021 r. Zamawiający prowadził z Inżynierem rozmowy, mające na celu wypracowanie porozumienia, które pozwoliłoby:

- przyspieszyć wychodzenie z zaległości przez Inżyniera, jak i zapobiec powstawaniu kolejnym,

- rozstrzygnąć kwestię roszczeń Zamawiającego o zapłatę kar umownych,

- uregulować wszelkie rozliczenia z Inżynierem. Rozmowy te nie przyniosły jednak rezultatów.

W konsekwencji, w każdym kolejnym miesiącu występowały liczne, niejednokrotnie znaczne, zaległości, a jakość świadczonych Usług IK w dalszym ciągu była bardzo niska. Okoliczności te nie tylko zagrażały terminowemu ukończeniu przedsięwzięcia realizowanego przez Zamawiającego, ale też rodziły po stronie Zamawiającego ryzyko konieczności dodatkowej zapłaty na rzecz Wykonawcy na obu realizowanych Projektach, tj. zarówno na Projekcie Zbiornik, jak i Projekcie Nabrzeże, gdyż stanowiły one niejednokrotnie podstawy roszczeń (nie tylko terminowych) zgłaszanych przez Wykonawcę względem Zamawiającego. Mając na uwadze w dalszym ciągu licznie występujące zaległości, w tym w istotnych dla Zamawiającego obszarach ze względów, o których była mowa powyżej, w dniu 3 grudnia 2021 r. Zamawiający skierował do Inżyniera wezwanie do nadrobienia wszelkich zaległości w terminie 14 dni. Zakreślony w wezwaniu termin upłynął bezskutecznie z dniem 20 grudnia 2021 r. W rezultacie po stronie Zamawiającego zaktualizowało się także uprawnienie do odstąpienia od Umowy IK na podstawie art. 491 § 2 k.c., z którego niniejszym Zamawiający również skorzystał.

Na potwierdzenie swoich twierdzeń Zamawiający załączył do informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania następujące dowody:

- Załącznik nr 1: pismo z 9 grudnia 2020 r., którym Zamawiający wezwał Konsorcjum do skoordynowania prac pomiędzy konsorcjantami, z uwagi na odnotowywane przypadki, gdzie obie strony Konsorcjum wyrażały odmienną opinię w korespondencji e-mail, trakcie spotkań, uwagach do dokumentów kierowanych do Wykonawców, a także zwracał uwagę na ponowne zgłoszenie nieprawidłowej oceny w zakresie doboru ciśnienia projektowego pomimo wcześniejszych wyjaśnień tej kwestii między Inżynierem a Zamawiającym i uzgodnieniu wspólnego, odmiennego niż przekazane Wykonawcy, stanowiska w tej sprawie;

- Załącznik nr 2: pismo z 16 grudnia 2020 r. – wezwanie do sprostowania uwag dotyczących schematów P&ID dla Projektu SCV (GR1), z uwagi na odniesienie się przez Inżyniera najprawdopodobniej do dokumentacji dot. innego Projektu niż SCV;

- Załącznik nr 3: pismo z 17 grudnia 2020 r. – wezwanie do wyjaśnienia braku uwzględnienia uwag w PPD dla schematów P&ID dla Projektu Zbiornik (GR2) zgłoszonych przez Zamawiającego, a nawet konsorcjanta tj. Sofregaz, oraz przekazania do Wykonawcy roboczych wersji arkuszy.

- Załącznik nr 4: pismo z 18 grudnia 2020 r., dotyczące wątpliwości co do podstaw akceptacji dokumentu nr GR2-20-RB-E-20002 „Obliczenia Projektowe Dotyczące Wewnętrznego Zbiornika”,

- Załącznik nr 5: pismo z 10 czerwca 2021 r. dotyczące zmiany lokalizacji ramion rozładunkowych, z

zastrzeżeniami do przekazanego projektu „Życzenia o Przedstawienie Propozycji Zmiany”

- Załącznik nr 6: pismo z 21 października 2021 r., wystosowane w związku z pojawieniem się kolejnych powiadomień o roszczeniach i roszczeń Wykonawcy Rozbudowy Terminala LNG, sformułowanych w oparciu o zarzuty dotyczące sposobu i terminowości wykonywania obowiązków przez Inżyniera Kontraktu;

- Załącznik nr 7: pismo z 26 października 2021 r. dotyczące oczomyjki – brak oceny merytorycznej Propozycji Zmiany m.in. odnośnie zakresu niezbędnego zwiększenia zbiornika na ścieki;

- Załącznik nr 8: pismo z 26 października 2021 r. dotyczące Propozycji Zmiany nr 004 – Modyfikacja układu wydmuchu na Pirsie 2 – dodanie nowego rurociągu gazu

wylotowego – brak oceny merytorycznej Propozycji Zmiany m.in. co do jej zakresu, jak i prawidłowości i spójności określenia w niej przez Wykonawcę wszystkich istotnych konsekwencji wynikających z wprowadzenia Zmiany, w tym w zakresie listy dokumentów, które powinny być zmienione, czy odnośnie braku możliwości określenia wpływu Zmiany na pewność ruchową i koszty eksploatacji;

- Załącznik nr 9: pismo z 29 grudnia 2021 r., dotyczące jakości Raportów IK za 2021 r. lub ich kolejnych rewizji, w których wykazano nierzetelność Inżyniera w opracowywaniu tych dokumentów;

- Załącznik nr 10: pismo z 16 listopada 2021 r., dotyczące stwierdzonych

nieprawidłowości w działaniach Inżyniera Kontraktu związanych z inspekcjami prac spawalniczych, w tym zawartości merytorycznej raportów z inspekcji wykonanych przez IK u Podwykonawcy zatrudnionego przez Wykonawcę Projektu Zbiornik;

- Załącznik nr 11: pismo z 22 listopada 2021 r., dotyczące Propozycji Zmiany nr 001 GR – stan. cumownicze, wskazujące na niską jakość dokumentów, zarówno ich zawartości merytorycznej, jak i formy;

- Załącznik nr 12: pismo z 20 października 2021 r., dotyczące zmiany materiału marek (płyt) zewnętrznych osadzanych w ścianie zbiornika magazynowego TK-2013 –

rekomendacja Inżyniera odrębnego rozpatrywania związanej Zmiany w odrębnym trybie,

czyli bez uwzględnienia jej wpływu na wysokość oszczędności do podziału między Zamawiającym a wykonawcą realizującym rozbudowę Terminala LNG;

- Załącznik nr 13: pismo z 24 listopada 2021 r., w sprawie procedowania Zmian

powodujących zmniejszenie wartości kontraktowej Robót, które zostały wprowadzone z pominięciem wymogów dot. procedowania Zmian wynikających z rozdziału 13 Warunków Kontraktu i Instrukcji Zarządzania Zmianami;

- Załącznik nr 14: pismo z 5 listopada 2020 r., w sprawie odsunięcia dotychczasowego Dyrektora Projektu IK bez wymaganej zgody Zamawiającego, niemal z dnia na dzień oraz bez jednoczesnego zastąpienia go osobą o porównywalnej wiedzy i kwalifikacjach, dedykowanej wyłącznie potrzebom Programu Rozbudowy;

- Załączniki nr 15 i 16: pisma z 13 sierpnia 2021 r. oraz z 13 września 2021 r., w sprawie odmowy wyrażenia zgody na zmianę (na osobę niespełniającą wymagań dla tego stanowiska) kierownika ds. planowania, kontroli kosztów i raportowania (controling manager) i przywrócenia Pani J. J. do rzeczywistego wykonywania tej funkcji.

- Załączniki nr 17 i 18: pisma z 30 kwietnia 2021 r. oraz z 17 czerwca 2021 r., w sprawie braku koordynacji prac IK w istotnym obszarze scalania uwag pochodzących od Zamawiającego i IK (Sofregaz) przez DCC IK (Multiconsult), celem przekazania ich do Wykonawcy, co ponownie skutkowało m.in. przekazywaniem niespójnych ocen/uwag lub pomijaniem zasadnych uwag Zamawiającego lub członka Konsorcjum;

- Załącznik nr 19: pismo Inżyniera do Wykonawcy z 24 września 2021 r., do którego Inżynier przekleił bezrefleksyjnie lub bez zapoznania się z całością przygotowanego przez Zamawiającego materiału do wykorzystania przez Inżyniera w wystąpieniu do Wykonawcy w sprawie projektu wykonawczego dla estakady dojazdowej na pirs – odcinek przybrzeżny oraz GR3-00-ZA-E-86100 (Podstawa projektu) jego treść, skutkiem czego przekazał do Wykonawcy zastrzeżenia Zamawiającego sformułowane w tym materiale w odniesieniu do nieterminowego zgłaszania przez Inżyniera uwag do poszczególnych rewizji projektu wykonawczego estakady dojazdowej na pirs – odcinek przybrzeżny.

- Załącznik nr 20: pismo z 18 stycznia 2021 r., zawierające wezwanie do należytego

wykonywania Umowy przez Inżyniera w związku z 3-tygodniowym opóźnieniem w ocenie rewizji 5 harmonogramu przedłożonego w ramach realizacji Projektu Zbiornik;

- Załącznik nr 21: pismo z 22 stycznia 2021 r., dotyczące niewywiązywania się z deklaracji wdrożenia kolejnych planów naprawczych.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć

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

Na wstępie podkreślenia wymaga, że o ile należy się z zgodzić Zamawiającym, że Izba nie jest uprawniona do przejmowania roli sądu cywilnego i orzekania o wzajemnych roszczeniach stron umowy, to bez wątpienia zadaniem Izby jest ocena zaskarżonej w odwołaniu czynności zamawiającego. Izba dokonuje więc oceny realizacji wcześniejszej umowy realizowanej przez wykonawcę, ale nie w takim stopniu i zakresie oraz z takim skutkiem, jak to robi sąd powszechny. Ocena Izby dokonywana jest bowiem wyłącznie na kanwie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, w kontekście określonej w ustawie i w SWZ przesłanki wykluczenia wykonawcy, a przyjęcie stanowiska o braku kognicji Izby w tym zakresie prowadziłoby do tego, że stosowanie przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp pozostawałoby na etapie postępowania o udzielenie zamówienia poza jakąkolwiek kontrolą prawną. Zaznaczyć przy tym należy, że Izba w ramach postępowania odwoławczego nie poszukuje samodzielnie faktów wpisujących się w przesłankę wykluczenia, ale ocenia – na podstawie dowodów przedstawionych przez strony i zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu – czynność zamawiającego, co sprowadza się przede wszystkim do zbadania, czy Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania ustalił i wykazał istnienie okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje możliwość wykluczenia.

Wyraźnie podkreślić należy, że na zamawiającym stosującym wobec wykonawcy sankcję wykluczenia z postępowania ciąży obowiązek wykazania, że ziściły się wszystkie przesłanki warunkujące takie wykluczenie. Wykluczenie na postawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga wykazania, że wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie oraz że nastąpiło to z przyczyn leżących po jego stronie i skutkowało m.in. odstąpieniem od umowy. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zobowiązany więc był wykazać w sposób niebudzący wątpliwości, że wystąpiła każda z ww. okoliczności, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. W ocenie Izby Zamawiający z tego obowiązku się nie wywiązał.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający, wykluczając Odwołującego z postępowania, przedstawił szereg twierdzeń i powołał liczne dowody, mające potwierdzać zasadność wykluczenia. Zauważenia wymaga jednak, że twierdzenia Zamawiającego to głównie

wypowiedzi ocenne, prezentujące jego własne opinie na temat przebiegu spornej inwestycji. Nie można przy tym pominąć, że Zamawiający jest podmiotem będącym w sporze cywilnoprawnym z wykonawcą (o czym świadczy podjęta próba ugodowa oraz wobec jej niepowodzenia – wystąpienie przez Odwołującego z pozwem o zapłatę), zatem oceny te siłą rzeczy dokonywane są z perspektywy strony takiego sporu, będącej zainteresowaną jego korzystnym dla siebie zakończeniem. Powyższe nie świadczy oczywiście samo w sobie o braku wartości merytorycznej takich twierdzeń – skoro Zamawiający ma obowiązek zbadać, czy zaistniały przesłanki wykluczenia, i uzasadnić swoją decyzję, to trudno odmówić mu możliwości formułowania własnych wniosków. Stwierdzić jednak należy, że same tego rodzaju oceny, bez udowodnienia w sposób niebudzący wątpliwości obiektywnego istnienia okoliczności przewidzianych w podstawie prawnej wykluczenia, są niewystarczające, a biorąc pod uwagę, że Zamawiający był stroną spornej umowy, a obecnie pozostaje w sporze z jej drugą stroną, mogą wywoływać dodatkowe wątpliwości.

Odnosząc się natomiast do dowodów załączonych przez Zamawiającego do informacji o wykluczeniu zauważyć należy, że jest to przede wszystkim kierowana przez niego do wykonawcy korespondencja, która nie może mieć większej wartości dowodowej niż powoływana przez Odwołującego jego korespondencja w sprawie. Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający z jednej strony sam powołał szereg tego rodzaju dowodów i oparł na nich swoje rozstrzygnięcie, a z drugiej – odmawiał takiej możliwości Odwołującemu, twierdząc, że wskazywane przez niego dowody, zawierające stanowisko Odwołującego na temat przebiegu spornej inwestycji, mogą mieć charakter jedynie informacyjny. Rozstrzygając sprawę Izba dysponowała przedłożonymi przez obie strony dowodami w postaci szeregu sporządzonych przez te strony pism i stanowisk, o równorzędnej i jednocześnie niewystarczającej wartości dowodowej.

Biorąc pod uwagę charakter, skalę i stopień skomplikowania inwestycji oraz rodzaj podnoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, Izba stwierdziła, że ocena, czy wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał umowę i że nastąpiło to z przyczyn leżących po jego stronie, wymagała wiadomości specjalnych. Potwierdza to chociażby wielość i rodzaj okoliczności faktycznych wskazanych w informacji o wykluczeniu. Tytułem przykładu można wskazać tu na kwestie dotyczące jakości merytorycznej sporządzonych raportów, procedowania, decyzji i wyceny w zakresie Zmian, wdrażania planów naprawczych czy przyczyn nieterminowej realizacji określonych czynności. Nie jest możliwe, zdaniem Izby, bez dysponowania wiadomościami specjalnymi, ustalenie, czy zdarzenia zaistniałe w toku realizacji umowy, na które powołuje się Zamawiający, wpłynęły na realizację umowy w stopniu znacznym oraz czy nastąpiło to (a jeśli tak, to w jakim zakresie) z przyczyn, za które odpowiada wykonawca. Każda z tych okoliczności wymaga odrębnej oceny,

z uwzględnieniem wiedzy z zakresu branży, której dotyczy, w tym analizy dokumentów źródłowych dotyczących rozległego procesu inwestycyjnego, a więc nie tylko spornej umowy na pełnienie funkcji inżyniera kontraktu, ale także dotyczących realizacji robót budowlanych. Powyższe wymaga zaawansowanej wiedzy, tak technicznej, jak i z zakresu zarządzania kontraktem. Finalnie, po dokonaniu analizy poszczególnych zdarzeń, konieczne byłoby dokonanie zbiorczej oceny wszystkich tych okoliczności i ich wpływu na realizację kontraktu jako całości.

Jak już wyżej wskazano, to Zamawiający powinien wykazać okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Skoro więc Zamawiający rozważał sporną umowę pod kątem spełniania przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to powinien dołożyć staranności, aby przesłanki te zostały – przed podjęciem decyzji w przedmiocie wykluczenia – ustalone w sposób obiektywny i niebudzący wątpliwości, z

wykorzystaniem koniecznej wiedzy specjalistycznej. Tymczasem Zamawiający nie skorzystał na etapie badania przesłanek wykluczenia z możliwości zasięgnięcia opinii biegłego. W postępowaniu odwoławczym natomiast Zamawiający nie wnosił o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych, a sam nie przedstawił chociażby opinii prywatnej. W tym kontekście podkreślić należy, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny, a wskazywanie dowodów należy do strony, która z określonych okoliczności wywodzi skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Izba nie jest zobowiązana ani uprawniona do przejmowania inicjatywy dowodowej i dążenia do wykazania tez prezentowanych przez jedną ze stron postępowania. Nie przeczy temu możliwość przeprowadzenia dowodu z urzędu, przewidziana przepisem art. 534 ust. 2 ustawy. Możliwość tę należy bowiem traktować wyjątkowo, podobnie, jak ma to miejsce na gruncie procedury cywilnej, w której obowiązuje tożsama regulacja (art. 232 Kpc). Jak wskazuje się w orzecznictwie i w doktrynie, sąd podejmuje z urzędu inicjatywę dowodową jedynie w sytuacjach szczególnych (np. w przypadku nieporadności strony działającej bez profesjonalnego pełnomocnika), a zasadą jest, że bierność dowodowa działa na niekorzyść strony, która się jej dopuszcza. Zauważenia wymaga przy tym, że w postępowaniu przed Izbą stronami są profesjonaliści, co również należy brać pod uwagę w kontekście ich obowiązków w postępowaniu dowodowym.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że Zamawiający, na którym spoczywał ciężar wykazania, że zaistniały wszystkie okoliczności skutkujące wykluczeniem wykonawcy z postępowania, okoliczności tych nie wykazał. Co więcej, ze stanowiska Zamawiającego zdaje się wynikać, że wystarczającą podstawą faktyczną takiego wykluczenia jest jego subiektywne przekonanie o nienależytej realizacji zamówienia przez wykonawcę, z przyczyn leżących po jego stronie i w konsekwencji brak woli kontynuowania współpracy z tym

wykonawcą w kolejnych inwestycjach. Zamawiający wskazał podczas rozprawy, że celem przepisu art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy Pzp jest eliminacji z postępowania podmiotów, z którymi Zamawiający ma złe doświadczenia i do których nie ma zaufania, z czym nie sposób się zgodzić. Celem tego przepisu jest bowiem eliminacja z postępowania takich wykonawców, co do których istnieją dowody, że dopuścili się wykroczeń zawodowych ściśle w tym przepisie określonych.

Zarzut nr 2

Zarzut jest zasadny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w punkcie XI SWZ przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący w dokumencie JEDZ i załączonej do niego informacji nie poinformował o rozwiązaniu umowy realizowanej na rzecz CPK.

W dniu 5 września 2023 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu aktualizację dokumentu pn. Informacja wykonawcy, w którym poinformował, że w ramach realizacji na rzecz zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. umowy z 23 lipca 2021 r. na opracowanie studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego dla Projektu pn.: „Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Łódź-Sieradz Północny i linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny – Kępno - Czernica Wrocławska - Wrocław Główny”, w ramach konsorcjum w składzie: Multiconsult Polska Sp. z o.o., Arcadis Sp. z o.o., Transprojekt Gdańsk Sp. z o.o., IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o., w dniu 22 czerwca 2023 r. CPK odstąpił od umowy w części niewykonanej wobec rzekomej zwłoki wykonawcy w wykonaniu części świadczenia wynikającego z umowy. Wykonawca oświadczył, że kwestionuje powyższe odstąpienie w całości, zarówno pod kątem merytorycznym, jak i prawnym i poinformował, że obecnie trwa postępowanie mediacyjne pomiędzy CPK, a konsorcjum dotyczące odstąpienia i że obie strony od początku wyrażają wolę ugodowego rozliczenia Umowy w toku mediacji. Odwołujący zaznaczył, że CPK nie przesłał noty obciążeniowej dotyczącej kar umownych, nie potrącił kar umownych z wynagrodzenia wykonawcy ani nie zrealizował uprawnień z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wskazał, że odstąpienie od umowy nie nastąpiło z winy wykonawcy lub z przyczyn leżących po jego stronie, a spór z CPK co do roszczeń wynikających z umowy nie został jeszcze rozstrzygnięty na drodze postępowania sądowego ani ugody sądowej, nie zostało także zasądzone odszkodowanie na rzecz CPK, nie doszło do realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, ani, według jego wiedzy, nie doszło do wykonania zastępczego. Odwołujący

zaznaczył, że powyższe odstąpienie nie może stanowić podstawy wykluczenia go z postępowania, nie doszło bowiem do nienależytego wykonania umowy po stronie wykonawcy, a Multiconsult realizował zamówienia należycie i zgodnie z umową, mając na uwadze wspólny cel, którym było terminowe ukończenie inwestycji. Odwołujący wskazał, że opisane okoliczności nie wypełniają określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp przesłanek wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenie jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający wskazał, że konieczność wykluczenia związana jest z faktem, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa zataił przed Zamawiającym informację, w dniu 25 lipca 2023 r. na etapie składania podmiotowych środków dowodowych oraz potwierdzania aktualności JEDZ, o wcześniejszym odstąpieniu przez Centralny Port Komunikacyjny Sp. z o.o. z ww. wykonawcą, działającym w Konsorcjum od umowy z 23 lipca 2021 r. na opracowanie studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowego dla Projektu pn.: „Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Łódź-Sieradz Północny i linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny – Kępno - Czernica Wrocławska - Wrocław Główny”, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że ww. informacja została mu przekazana dopiero niejako „przy okazji”, po wezwaniu wykonawcy pismem z 29 sierpnia

2023 r. do uzupełnienia i/lub poprawienia dokumentu JEDZ w odniesieniu do innej kwestii. Zamawiający zaznaczył, że CPK odstąpił od umowy w części niewykonanej 22 czerwca 2023 r., wobec zwłoki wykonawcy w wykonaniu części świadczenia wynikającego z umowy, wykonawca zatem na dzień przedkładania podmiotowych środków dowodowych oraz potwierdzenia aktualności oświadczenia JEDZ, tj. 25 lipca 2023r., zataił informację przed Zamawiającym w zakresie niepodlegania wykluczeniu z przedmiotowego postępowania. Zamawiający stwierdził, że o umyślnym działaniu lub co najmniej rażącym niedbalstwie wykonawcy świadczy fakt, że jest on świadomy, czemu dawał wyraz w treści przedkładanych Zamawiającemu pism, najnowszego orzecznictwa nakazującego bardzo restrykcyjne podejście do wypełniania JEDZ w zakresie Części III „Podstawy wykluczenia" pkt C, tj. wie, że musi w tej sekcji wskazać wszystkie umowy, które nie zostały przez niego zrealizowane (a nie tylko takie, które z perspektywy wykonawcy kwalifikują go do wykluczenia z postępowania). Zdaniem Zamawiającego, wykonawca, zatajając informację o rozwiązanej umowie z CPK, uniemożliwił mu powzięcie informacji w tym zakresie w najwcześniejszym możliwym terminie.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy 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.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że dokument JEDZ nie służy przedstawianiu całej historii kontraktowej wykonawcy, w tym wszelkich zdarzeń, w których realizacja umowy napotkała jakiekolwiek trudności. Wykonawca zobowiązany jest podać w tym dokumencie informacje na temat takich nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania. Jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych (Kara umowna, a sposób wypełniania JEDZ - Urząd Zamówień Publicznych -Portal Gov.pl ()): Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który 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). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w tej opinii. W związku z tym, że pytanie w dokumencie JEDZ służy weryfikacji istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, niezasadne jest założenie, że w odpowiedzi na to pytanie należy przedstawiać wszelkie zdarzenia zaistniałe w toku realizacji wszelkich umów, bez względu na to, czy wyczerpują one znamiona działań uzasadniających wykluczenie. Zatem w sytuacji, gdy zamawiający nie wykaże, że w przypadku realizacji danej umowy miały miejsce zdarzenia wypełniające przesłanki wykluczenia związane z nienależytą realizacją obowiązków przez wykonawcę, to nie może twierdzić, że oświadczenie wykonawcy w dokumencie JEDZ stanowiło informację wprowadzającą w błąd.

Skoro Zamawiający nie próbował nawet wykazać, że Odwołujący w związku z przebiegiem realizacji umowy z CPK podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp, to nie ma podstaw twierdzić, że nie informując w dokumencie JEDZ

o rozwiązaniu tej umowy wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe pytanie w dokumencie JEDZ należy bowiem odnosić do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie jest zatem tak, że wykonawca zobowiązany jest odpowiedzieć na nie twierdząco, niezależnie od tego, czy okoliczności, których taka odpowiedź dotyczy, mieszczą się w katalogu przesłanek wykluczenia, czy też nie. Nie wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp Zamawiający niejako sam potwierdził, że nie doszło i nie mogło dojść do wprowadzenia go w błąd.

W tej sytuacji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje kwestia tego, czy Odwołujący mógł informację o odstąpieniu przez CPK od umowy przedstawić wcześniej. Informacja ta – co potwierdziły czynności samego Zamawiającego – była obojętna z punktu widzenia podstaw wykluczenia z postępowania. Nie mogła ona bowiem prowadzić do zastosowania sankcji wobec Odwołującego, o czym świadczy to, że Zamawiający, mimo powzięcia wiedzy ze złożonej przez Odwołującego aktualizacji Informacji wykonawcy o fakcie odstąpienia od umowy przez CPK, nie wywiódł z niego podstaw do wykluczenia. Skoro nie była to informacja, którą wykonawca miał obowiązek podać w JEDZ, nie wprowadził on Zamawiającego w błąd składając oświadczenie o aktualności tego dokumentu. Natomiast późniejsze przekazanie informacji w tym zakresie należy uznać za nieobowiązkowe i podyktowane jedynie ostrożnością wykonawcy.

Wobec powyższego wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należy uznać za niezasadne.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d oraz § 7 ust. 1 pkt 1 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....