Sygn. akt: KIO 3288/24

WYROK

Warszawa, dnia 14 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Beata Konik

Protokolant:

Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2024 r. przez wykonawcę Eurovia Polska spółkę akcyjną z siedzibą w Bielanach Wrocławskich,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Ząbkowicki z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Strabag Infrastruktura Południa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

   2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: …….

Sygn. akt: KIO 3288/24

Uzasadnienie

Powiat Ząbkowicki z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich, (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Przebudowa drogi powiatowej3184D w miejscowości Witosowice km 2+073 – 4+777, Etap I km 3-070 do 4+133", nr postępowania: ZP.251.11.2024.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 8 sierpnia 2024 r., nr 2024/BZP

00055319/16/P.

W postępowaniu tym wykonawca Eurovia Polska spółka akcyjna z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej: „Odwołujący") 9 września 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako: „Strabag") oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty Strabag mimo, iż ta spełniała w tym zakresie przesłanki ustawowe.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia i wybór oferty Strabag jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, w której wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do odstąpienia od umowy i nałożenia kary umownej, tj. Umowy z dnia 02.06.2021r. nr ZP/26/2021 zawartej z Gminą Siechnice, które to odstąpienie nastąpiło w dnu 04.01.2023r. i którego następstwem było nałożenie kary umownej;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia i wybór oferty Strabag jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji, w której wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez wskazanie w oświadczeniu z dnia 22.08.2024 r. oraz w jego aktualizacji z dnia 30.08.2024 r., iż nie podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp;

3) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (UZNK), - poprze zaniechanie odrzucenia i wybór oferty Strabag, w sytuacji, gdy wykonawca zataił informacje o swoje sytuacji faktycznej i prawnej i nie przedstawił Zamawiającemu pełnej informacji o zdarzeniach kontraktowych mogących skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Strabag jako oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Strabag, ponowną ocenę i badanie ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący w pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Następnie Odwołujący przedstawił argumentację na poparcie zarzutów odwołania. Do odwołania załączone zostały dowody w postaci oświadczeń złożonych przez Strabag w trybie art. 125 ust.1 ustawy Pzp w postępowaniu o niepodleganiu wykluczeniu w postępowaniu, oświadczenie JEDZ wraz z załącznikiem, które zostały złożone przez Strabag w innym postępowaniu oraz oświadczenie o dostąpieniu złożone przez Gminę Siechnice wraz z notą księgową wystawioną przez Gminę Siechnice.

W złożonej pismem z 2 października 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający przedstawił argumentację na poparcie swojego stanowiska.

W piśmie procesowym z 7 października 2024 r. wykonawca Strabag wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko. Do pisma załączono załącznik nr 1 wraz z opisem stanu faktycznego zaistniałego na gruncie umowy z Gminą Siechnice.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO" lub „Izba"), rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron i zgłaszającego przystąpienie złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy a także przedstawione dowody ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca Strabag Infrastruktura Południa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Przystępujący").

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty tj. przez Odwołującego i Przystępującego, co potwierdza informacja z otwarcia ofert z 23 sierpnia 2024 r.

Zgodnie z rozdziałem XVII SWZ, Zamawiający w postępowaniu przewidział zastosowanie przesłanek wykluczenia, o których mowa w at. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 ustawy Pzp.

Jak wynika z rozdziału XXIII SWZ, Zamawiający w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wymagał m.in. złożenia wraz z ofertą oświadczenia na wzorze stanowiącym załącznik nr 3a do SWZ.

Zgodnie z rozdziałem XXI SWZ, Zamawiający wymagał w celu potwierdzenia aktualności oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, złożenia oświadczenia zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ.

Na podstawie treści wzoru stanowiącego załącznik 3a do SWZ, Izba ustaliła, że miał on następujące brzmienie:

„OŚWIADCZENIE WYKONAWCY DOTYCZĄCE PODSTAW WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA

składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (ustawy PZP)

Nazwa i adres Wykonawcy:

OŚWIADCZENIE O NIEPODLEGANIU WYKLUCZENIU *

- □ Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy PZP;
- □ Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 i 4-10 ustawy PZP.
- □ Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie

art. ..... ustawy PZP(podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród

wymienionych

w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 i 4 - 10 ustawy PZP).

Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie

art. 110 ust. 2 ustawy PZP podjąłem następujące środki naprawcze:

OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE PODANYCH INFORMACJI:

- □ Oświadczam, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne

z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.

*zaznaczyć znakiem „X" odpowiedni kwadrat

DOKUMENT NALEŻY WYPEŁNIĆ I PODPISAĆ KWALIFIKOWALNYM PODPISEM ELEKTRONICZNYM LUB PODPISEM ZAUFANYM LUB PODPISEM OSOBISTYM ZAMAWIAJĄCY ZALECA ZAPISANIE DOKUMENTU W FORMACIE PDF".

Na podstawie treści oferty Przystępującego, Izba ustaliła, że oświadczył on w treści załącznika nr 3a do SWZ, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 i 4-10 ustawy Pzp. Przystępujący złożył też oświadczenie zgodnie z załącznikiem nr 9 do SWZ, o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 3 września 2024 r. oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z regulacją zawartą w 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. Analiza omawianej podstawy wykluczenia prowadzi do wniosku, że wykluczenie wykonawcy jest dopuszczalne jedynie w przypadku wykazania kumulatywnego ziszczenia się wszystkich przesłanek w nim wskazanych. Podkreślenia wymaga również, że przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Zatem, aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o analizowany przepis musi dojść do wykazania: 1) niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, 2) musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia, 3) przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy, 4) musi to doprowadzić do skutków w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania

zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Z całą stanowczością podkreślić przy tym należy, że to na zamawiającym, jako podmiocie, który podejmuje czynność, a w okolicznościach tej sprawy – na Odwołującym, jako podmiocie podnoszącym zarzut naruszenia zaniechania zastosowania wobec Przystępującego tej postawy wykluczenia – ciąży obowiązek wykazania zaistnienia przesłanek zastosowania przepisu stanowiącego podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Innymi słowy, w przypadku powołania się na przesłankę wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to na podmiocie na nią się powołującym – w tej sprawie na Odwołującym – spoczywa obowiązek wykazania, że zaszły wszystkie przesłanki wskazane w jego treści.

Powyższe rozważania odnieść należy analogicznie do pozostałych powołanych w odwołaniu podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia można 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. Jak natomiast wynika z pkt 10 – z postępowania o udzielenie zamówienia można wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Dostrzec należy, że zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, związany

z zaniechaniem przez Przystępującego poinformowania Zamawiającego o swojej pełnej sytuacji w związku z wykonywaniem wcześniejszych zamówień, Odwołujący w przedmiotowej sprawie wywodzi z tej samej okoliczności, co zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. rozwiązania przed czasem umowy, jaka wiązała Przystępującego z Gminą Siechnice.

W ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy, Odwołujący nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu wykazania zasadności stawianych w odwołaniu zarzutów i tym samym nie wykazał że Przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp.

Po pierwsze, choć Odwołujący załączył do odwołania treść JEDZ i załącznika do JEDZ złożonych przez Przystępującego w innym postępowaniu, gdzie Przystępujący notyfikował fakt rozwiązania umowy zawartej z Gminą Siechnice i opisał okoliczności faktyczne tego zdarzenia, to Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie podjął polemiki z przedstawionym przez Przystępującego w załączniku 1 do JEDZ pkt 3 stanem faktycznym. Odwołujący ograniczył się w uzasadnieniu zarzutu do stanowiska Gminy Siechnice wyrażonego w treści pisma z 4 stycznia 2023 r., zawierającego oświadczenie Gminy Siechnice o odstąpieniu od umowy z 2 czerwca 2021 nr ZP/26/2021 zawartej z Przystępującym. W szczególności, Odwołujący wystąpienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wywodzi z akapitów 1 i 2 tego oświadczenia. W ocenie Izby nie można na tej podstawie w sposób niebudzący wątpliwości przesądzić, że zachodzi wobec Przystępującego przesłanka wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Jak bowiem wykazał Przystępujący złożonymi dowodami (vide dowody nr 3, 4, 5 oraz dowody zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa), stan faktyczny zaistniały między Przystępującym, a Gminą Siechnice jest znacznie bardziej złożony niż wynikałoby to z oświadczenia Gminy Siechnice z 4 stycznia 2023 r., na które powołuje się w treści uzasadnienia odwołania Odwołujący. Przede wszystkim, zdaniem Izby, Odwołujący, który miał świadomość istnienia między Przystępującym a Gminą Siechnice, sporu sądowego, w szczególności wydania przez sąd wobec Gminy Siechnice nakazu zapłaty na rzecz Przystępującego, powinien cechować się większą aktywnością dowodową w celu wykazania, że wobec Przystępującego mimo to zachodzi omawiana przesłanka wykluczenia, co nie miało miejsca. Przypomnieć należy, że Odwołujący dąży odwołaniem do wykazania, że wobec Przystępującego zachodzi przesłanka wykluczenia, co oznacza że przedstawione argumenty, aby skutkować uwzględnienie odwołania, powinny w sposób niewątpliwy wskazywać na ziszczenie się przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przypomnieć też należy, że zastosowanie przesłanki wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp skutkowałoby w okolicznościach tej sprawy, również zastosowanie innych wskazanych w odwołaniu podstaw wykluczenia tj. tych z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Oznacza to, że przedstawione przez Odwołującego okoliczności, z

których wywodzi on ziszczenie się przesłanek wykluczenia nie powinny budzić wątpliwości w sytuacji, gdy mowa o zastosowaniu wobec Przystępującego tak dotkliwej sankcji, bo powodującej nie tylko wkluczenie w tym postępowaniu, ale także skutkującej wykluczenie na przyszłość.

Tymczasem już zestawienie ze sobą stanowisk wskazanych w oświadczeniu o odstąpieniu Gminy Siechnice z 4 stycznia 2023 r. z opisem stanu faktycznego wskazanym w załączonym do odwołania załączniku nr 1 do JEDZ oraz w pozostałych dowodach (vide dowód nr 3 oraz pozew) wskazuje, jak słusznie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że nie sposób przesądzić w sposób niewątpliwy, aby wystąpiły przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przede wszystkim zwrócić uwagę należy na takie okoliczności, jak wykonywanie przez Przystępującego w spornym okresie od 30 listopada 2022 r. do 12 grudnia 2022 r. prac objętych zakresem umowy. Z okoliczności sprawy wynika, że elementem spornym między Przystępującym a Gminą Siechnice było niewykonywanie przez Przystępującego prac objętych branżą drogową tak jak życzył sobie tego zamawiający – Gmina Siechnice, z czego wywiedzione zostało nienależyte wykonywanie umowy przez Przystępującego. Jednak jest to kwestia dotykająca bardzo szczegółowego elementu zobowiązania, gdzie bez precyzyjnych dowodów, których Odwołujący nie przedstawił, nie sposób przesądzić czy z tego powodu może mieć miejsce zastosowanie wobec Przystępującego sankcji wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przystępujący natomiast wykazał się aktywnością dowodową przedstawiając dowody

potwierdzające, że powody rozwiązania umowy z Gminą Siechnice nie muszą wpisywać się w analizowaną przesłankę wykluczenia. Izba dostrzega, że stan faktyczny opisywany przez Przystępującego w złożonych dowodach jest przestawiany w sposób konsekwentny i spójny. Wyłania się z tego opisu okoliczność pozostawania przez Gminę Siechnice i Przystępującego w konflikcie, brak współpracy, trudności w realizacji spornej umowy wynikające z błędów w dokumentacji dostarczonej przez Gminę, a także z powodu opóźnień w uzgodnieniach z gestorem sieci. Izba wzięła też pod uwagę brak aktualnego harmonogramu odnoszącego się do spornej umowy (co wynika również z oświadczenia Gminy o odstąpieniu od umowy), co powoduje chociażby niemożność ustalenia opóźnień jakich miałby się Przystępujący dopuścić. Gmina Siechnice w oświadczeniu o odstąpieniu z 4 stycznia 2023 r. zarzuca Przystępującemu m.in. zaniechanie podjęcia prac branży drogowej w terminie do 12 grudnia 2022 r., przy czym nie jest dla Izby jasne z czego Gmina wywodzi, że prace te powinny być podjęte właśnie w tym terminie. Izba zwraca uwagę na stwierdzenie Gminy zawarte w oświadczeniu o odstąpieniu, tj.: „Istotnie, prace te wpisują się w przedmiot umowy, ale prowadzenie w podanym okresie wyłącznie tych prac nie stanowi o intensywności realizacji przedmiotu umowy zapewniającej zrealizowanie go w zakreślonym umową terminie (odcinku czasu, w jakim prace winny zostać wykonane)". Potwierdza to, że Przystępujący realizował umowę lecz nie w taki sposób, jak życzył sobie

tego zamawiający – Gmina Siechnice, przy czym zwrócić uwagę należy że Gmina Siechnice nie wskazała żadnego postanowienia umowy, z treści którego wywodzi zasadność takiego stanowiska. Powoduje to w ocenie Izby, że na podstawie stanowiska zawartego w uzasadnieniu odwołania nie sposób przypisać na tym etapie winę za zaistniałą sytuację w związku z realizację spornej umowy tylko Przystępującemu. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mówi o przyczynach leżących po stronie wykonawcy, ale w oświadczeniu o odstąpieniu z 4 stycznia 2023 r zamawiający – Gmina Siechnice powołuje się na odstąpienie od umowy z winy Przystępującego. Ponadto, nie sposób wreszcie pominąć, że Przystępujący poddał w wątpliwość skuteczność odstąpienia przez Gminę Siechnice od umowy pismem z 4 stycznia 2023 r., Przystępujący skierował sprawę do sądu, składając przeciwko Gminie Siechnice pozew o zapłatę nie tylko z tytułu omawianej umowy, ale także z tytułu innej, wcześniejszej umowy. Sąd przychylił się do roszczenia i wydał przeciwko Gminie Siechnice nakaz zapłaty, Gmina wniosła sprzeciw i aktualnie Przystępujący i Gmina Siechnice prowadzą mediację (co potwierdzają złożone przez Odwołującego dowody nr 6 i 7 oraz dowody zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa). Izba dostrzega również, że nawet z załączonego przez Odwołującego do odwołania dokumentu JEDZ złożonego przez Przystępującego w innym postępowaniu wynika, że konsekwentnie oświadcza on, że rozwiązanie umowy przed czasem z Gminą Siechnice nie skutkuje w jego ocenie ziszczeniem się przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Z tych względów, w ocenie Izby, samo tylko oświadczenie Gminy Siechnice z 4 stycznia 2023 r. o odstąpieniu od umowy z Przystępującym, na które Odwołujący powołuje się w treści odwołania i z którego wywodzi zasadność zarzutu nr 1 petitum odwołania nie może zostać w okolicznościach tej sprawy uznane za wystarczające dla zastosowania wobec Przystępującego przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, Izba miała na uwadze, że zostały one sformułowane w konsekwencji postawienia zarzutu wskazanego w pkt 1 petitum odwołania, co wynika wprost z uzasadnienia odwołania. Odwołujący wskazał, że skoro z treści odstąpienia od umowy przez Gminę Siechnice z 4 stycznia 2023 r. wynika, że doszło do niego z winy Przystępującego, to powinien on notyfikować ten fakt Zamawiającemu. Z powyższym zdaniem Izby nie sposób się zgodzić. Sam fakt odstąpienia przez zamawiającego od umowy z wykonawcą nie może automatycznie przesądzać, że mamy do czynienia z wystąpieniem podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ustawy Pzp. Każda z podstaw wykluczenia została bowiem sformułowana w sposób precyzyjny i zawiera wskazanie określonych przesłanek, których dopiero kumulatywne wystąpienie decyduje o

możliwości zastosowania danej podstawy.

Omawiany zarzut wiąże się z zarzutem wskazanym w pkt 3 petitum odwołania, zgodnie z którym w ocenie Odwołującego doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 3 uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wybór tej oferty, w sytuacji gdy wykonawca zataił informacje o swojej sytuacji faktycznej i prawnej i nie przedstawił Zamawiającemu pełnej informacji o zdarzeniach kontraktowych mogących skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Izba wobec tego odniesienie się kompleksowo do poruszonego w obu zarzutach wątku zaniechania przez Przystępującego notyfikowania Zamawiającemu w tym postępowaniu informacji o rozwiązaniu przed czasem umowy z Gminą Siechnice.

Skład orzekający w tej sprawie prezentuje stanowisko, zgodnie z którym, w pierwszej kolejności dla oceny, czy wykonawca w danym postępowaniu powinien przedstawiać zamawiającemu określone informacje, rozstrzygające znaczenie mają okoliczności danego postępowania, w tym ustalone przez zamawiającego w treści dokumentów zamówienia wymagania. Izba dostrzega, że w zależności czy wartość postępowania przekracza tzw. „progi unijne" czy nie, może dojść do pewnego dualizmu w zakresie konieczności notyfikowania zamawiającemu informacji na temat swojej szeroko pojętej sytuacji kontraktowej przez wykonawcę, co może przekładać się na konieczność zastosowania wobec niego najdalej idącej sankcji, tj. wykluczenia z postępowania. Jednak skoro ustawa Pzp daje zamawiającemu w zależności od wartość postępowania możliwość odmiennego ukształtowania wymagań w tym zakresie, to zdaniem Izby należy odnosić się zawsze do ustalonych przez zamawiającego reguł w danym postępowaniu. Izba nie podziela przy tym zaprezentowanego przez Odwołującego poglądu o odmiennym podejściu do obowiązku informacyjnego w zależności od wartości postępowania wyrażanego w pkt 5 b uzasadnienia odwołania. W ocenie Izby rozstrzygające w tym zakresie są zasady ustalone przez zamawiającego w dokumentach zamówienia.

W tym postępowaniu Zamawiający, co zostało również przez niego podkreślone w stanowisku procesowym, wymagał złożenia oświadczenia na wzorze stanowiącym załącznik 3a do SWZ. W jego treści wykonawca miał oświadczyć:

„Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 i 4-10 ustawy PZP” albo: „
□

Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie

art. ..... ustawy PZP(podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród

wymienionych

w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1 i 4 - 10 ustawy PZP).

Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy PZP podjąłem następujące środki naprawcze (…)”.

Powyższe oznacza, że w tym postępowaniu Zamawiający nie wymagał od wykonawców opisania każdej sytuacji, w której doszło do rozwiązania umowy przed czasem, co ma miejsce w przypadku udzielania odpowiedzi na pytanie zawarte w formularzu JEDZ. Z tego powodu Izba nie znalazła podstaw do przychylenia się do zaprezentowanego przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania stanowiska o konieczności notyfikacji przez Przystępującego okoliczności związanych z rozwiązaniem przed czasem umowy z Gminą Siechnice, ponieważ w tym postępowaniu nie było takiego wymagania ze strony Zamawiającego.

Odnosząc się do złożonych przez Przystępującego dowodów zawartych w wiadomości email z 9 października 2024 r. Izba wskazuje, że nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia w tej sprawie, ponieważ dotyczyły innego podmiotu oraz innych postępowań. Izba rozumie intencje Przystępującego co do wykazania tymi dowodami pewnej praktyki rynkowej niemniej jednak wskazuje, że istotne dla rozstrzygnięcia danego sporu są okoliczności faktyczne występujące w postępowaniu, którego spór dotyczy.

Dowody przedstawione na rozprawie przez Odwołującego w postaci wybranych stron z dziennika budowy nie mogły przesądzić o uwzględnieniu odwołania, gdyż nie stanowią zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy, w szczególności w zestawieniu z dowodami Przystępującego, potwierdzenia ziszczenia się wszystkich przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 2 pkt 1 i §5 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: …….