Sygn. akt: KIO 3661/24 i KIO 3687/24

WYROK

Warszawa, dnia 31 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Katarzyna Paprocka

Aleksandra Patyk

Protokolantka:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2024 r. przez wykonawcę:

A.STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (KIO 3661/24);

B.Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (KIO 3687/24)

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasta Tarnowa – Zarząd Dróg i Komunikacji w Tarnowie

przy udziale:

A.uczestnik po stronie odwołującego – wykonawca Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie(KIO 3661/24);

B.uczestnik po stronie zamawiającego – wykonawca STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (KIO 3687/24)

orzeka:

Sygn. akt: KIO 3661/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w pkt II.1) *petitum* odwołania.

2. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu opisanego w pkt II.2) lit. a) oraz częściowo w zakresie zarzutu opisanego w pkt II.3) *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 września 2024 roku oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tym wykluczenie wykonawcy Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w części 1/2 oraz zamawiającego - Gminę Miasta Tarnowa – Zarząd Dróg i Komunikacji w Tarnowiew części 1/2 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania; kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych), poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych), poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 347 zł 30 gr (trzysta czterdzieści siedem złotych trzydzieści groszy) poniesioną przez zamawiającego w związku z dojazdem na rozprawę.

4.2. zasądza od zamawiającego - Gminy Miasta Tarnowa – Zarządu Dróg i Komunikacji w Tarnowie rzecz odwołującego - wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 9 827 zł (dziewięć tysięcy osiemset dwadzieścia siedem złotych), stanowiącą należną odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

Sygn. akt: KIO 3687/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w pkt 2 *petitum* odwołania.

2. Uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu opisanego w pkt 1 i 3 *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 września 2024 roku oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w tym:

a) uwzględnienie, że oferta odwołującego – Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowiepowinna otrzymać dodatkowe 5 (pięć) punktów w ramach kryterium „Dodatkowe doświadczenie zawodowe Kierownika Budowy w specjalności inżynieryjnej drogowej” w związku z realizacją zadania: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Szczuczyn – Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania: Zadanie nr 2: odc. węzeł Ełk Południe- węzeł Wysokie

(wraz z wyplotem ww ciągu DK16)";
b) wykluczenie wykonawcy Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w części 1/3 oraz zamawiającego - Gminę Miasta Tarnowa – Zarząd Dróg i Komunikacji w Tarnowie w części 2/3 i:
4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania; kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych), poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych), poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 347 zł 30 gr (trzysta czterdzieści siedem złotych trzydzieści groszy) poniesioną przez zamawiającego w związku z dojazdem na rozprawę.
4.2. zasądza od zamawiającego - Gminy Miasta Tarnowa – Zarządu Dróg i Komunikacji w Tarnowie rzecz odwołującego - wykonawcy Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę14 418 zł (czternaście tysięcy czterysta osiemnaście złotych), stanowiącą należną odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

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 3661/24 i KIO 3687/24

UZASADNIENIE

Gmina Miasta Tarnowa – Zarząd Dróg i Komunikacji w Tarnowie (dalej: „zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „ustawa Pzp" lub „Pzp"), pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 73 na odcinku od km 129+872,05 do km 130+342,05 w m. Tarnów", numer postępowania: ZDiK.DZ.271.16.2024.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 maja 2024 r., numer wydania Dz.U. S: 102/2024, numer publikacji ogłoszenia: 313040-2024.

Sygn. akt: KIO 3661/24

7.10.2024 r. wykonawca STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako: „odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na zaniechania i czynności zamawiającego, polegające na:
1) zaniechaniu udostępnienia i ujawnienia (odtajnienia) pisma z wyjaśnieniami Eurovia Polska S.A. (dalej również: „Eurovia" lub „wykonawca"), dotyczącymi złożonego oświadczenia w trybie art. 125 ust. 1 Pzp - pismo to zostało wskazane jako załącznik nr 5 w piśmie Eurovia Polska S.A. z 22 lipca 2024 r. - zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, pomimo że wykonawca bezskutecznie zastrzegł treść ww. pisma jako tajemnicę przedsiębiorstwa;
2) zaniechaniu odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A., pomimo że wykonawca ten zataił informacje dotyczące możliwości podlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp;
3) wyborze oferty Eurovia Polska S.A. jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu, pomimo że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, albowiem wykonawca ten podlega wykluczeniu, a ponadto dokonanie wyboru jego oferty nastąpiło w sposób nietransparentny, w warunkach uniemożliwiających weryfikację prawidłowości tej czynności zamawiającego przez pozostałych uczestników postępowania i z naruszeniem zasady jawności;
4) zaniechaniu wyboru oferty Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W punkcie II odwołania odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 18 ust. 1 - 3 Pzp, art. 74 ust. 2 pkt 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „ZNKU"), polegające na:
a) błędnej i niedostatecznej ocenie zastrzeżenia przez Eurovia Polska S.A. jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy dotyczących złożonego oświadczenia w trybie art. 125 ust. 1 Pzp — tj. pisma wskazanego jako załącznik nr 5 w piśmie Eurovia Polska S.A. z 22 lipca 2024 r. i uznania, że ww. zastrzeżenie jest skuteczne i uzasadnione,
b) nieuzasadnionym nie udostępnieniu odwołującemu fragmentów wyjaśnień Eurovia Polska S.A., zawartych w załączniku nr 5 do pisma Eurovia Polska S.A. z 22 lipca 2024 r., zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo że ww. informacje nie stanowią obiektywnie tajemnicy przedsiębiorstwa, nie mają wartości gospodarczej oraz nie stanowią informacji nie ujawnionych do wiadomości publicznej, które nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a w konsekwencji nie doszło do ich skutecznego zastrzeżenia;
c) nieuzasadnionym nie udostępnieniu odwołującemu wyjaśnień Eurovia Polska S.A., zawartych w załączniku nr 5 do pisma Eurovia Polska S.A. z 22 lipca 2024 r., których wykonawca nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa, i w następstwie tego:
d) zaniechaniu ujawnienia ww. wyjaśnień wykonawcy, w sytuacji gdy Eurovia Polska S.A. bezskutecznie zastrzegł te informacje i dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a zamawiający nie był uprawniony do nie udostępnienia odwołującemu ww. pisma i załączników jako elementu oferty wykonawcy,
e) naruszenie zasady jawności, przejrzystości i uczciwej konkurencji przez ograniczenie innym wykonawcom, w tym odwołującemu, możliwości pełnej weryfikacji, czy wyjaśnienia wykonawcy były kompletne i prawidłowe w odniesieniu do okoliczności istotnych pod kątem badania podstaw wykluczenia wykonawcy w postępowaniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp przez niezasadne zaniechanie wykluczenia z postępowania Eurovia Polska S.A. oraz uznanie, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia jego oferty, podczas gdy Eurovia Polska S.A podlega wykluczeniu z postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych, co doprowadziło do naliczenia względem wykonawcy odszkodowań (kar umownych), tj.:
a) umowy o zamówienie publiczne z dnia 1 lipca 2019 r., dotyczącej zadania pn. „Remont ul. Krzykowskiej w Nadolicach Wielkich", nr postępowania MTP.272.148.2019.MK/RM, zawartej z Gminą Czernica, gdzie niewykonanie takiego zobowiązania polegało na zwłoce w wykonaniu przedmiotu ww. umowy, co doprowadziło do naliczenia przez Gminę Czernica względem wykonawcy odszkodowania (kary umownej) w wysokości 95.000 zł, przy wartości całego przedsięwzięcia opiewającej na kwotę 589.906,78 zł brutto (wartość robót);
b) umowy o zamówienie publiczne z dnia 14 września 2021 r. nr postępowania BRG.272.448.2021, zawartej z Gminą Jasienica, gdzie niewykonanie istotnego zobowiązania polegało na zwłoce w wykonaniu zobowiązań umownych przez wykonawcę, co doprowadziło do naliczenia przez Gminę Jasienica względem wykonawcy odszkodowania (kary umownej) w wysokości 67.649,80 zł, przy wartości całego przedsięwzięcia opiewającej na kwotę 3.938.949,53 zł;
c) umowy o zamówienie publiczne nr RGŚ.272.3.2020-CRU/229/2020, dotyczącej inwestycji pn. „Utworzenie trasy rowerowej łączącej Gminę Ustroń z Gminą Wisła", zawartej z Gminą Wisła", gdzie niewykonanie istotnego zobowiązania polegało na zwłoce w wykonaniu zobowiązań umownych przez wykonawcę, co doprowadziło do naliczenia przez Gminę Wisła względem wykonawcy odszkodowania (kary umownej) w wysokości 45.900 zł, następnie zmiarkowanej przez Gminę Wisła do kwoty 22.950 zł, przy wartości całego przedsięwzięcia opiewającej na kwotę 2.915.535,45 zł (wysokość wynagrodzenia wykonawcy);
d) umowy o zamówienie publiczne z dnia 1 października 2021 r., nr RGS.272.18CRU/380/2021, dotyczącej inwestycji pn. „Remont nawierzchni dróg gminnych — ul. Torfowa", zawartej z Gminą Wisła, gdzie niewykonanie takiego zobowiązania polegało na zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy z Gminą Wisła, co doprowadziło do naliczenia przez Gminę Wisłą wobec wykonawcy odszkodowania (kary umownej) w wysokości 3.000 zł, przy wartości całego przedsięwzięcia opiewającej na kwotę 277.121 zł (wysokość wypłaconego wynagrodzenia brutto);

3) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i w zw. art. 109 ust. 2 Pzp przez niezasadne zaniechanie wykluczenia z postępowania Eurovia Polska S.A. oraz uznanie, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania, podczas gdy Eurovia Polska S.A w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, albo co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawił zamawiającemu informacji o okolicznościach, wskazanych w pkt 2) lit. a. — d. zarzutów, które to okoliczności wystąpiły w stosunku do tego wykonawcy w trakcie realizacji innych, wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych, tj. umowy z Gminą Czernica, umowy z Gminą Jasienica, umowy dot. trasy rowerowej oraz umowy z Gminą Wisła, zatajając te informacje

zarówno w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia i załącznikach do niego, jak i w później składanym oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp na formularzu JEDZ, czym wprowadził zamawiającego w błąd co do istnienia przesłanek, mogących skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a powyższe miało lub co najmniej mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowanie przez zamawiającego w postępowaniu, albowiem nieujawnione/zatajone informacje dotyczyły okoliczności podlegających ocenie w ramach podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp przez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A., a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlegała odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 Pzp, które w tym postępowaniu związane były z faktem obciążenia tego wykonawcy karami umownymi w związku z nienależytą realizacją Umów Krakowska i S-5, które wykonawca zataił przed zamawiającym;

5) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK") przez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A., a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu, gdyż wykonawca zataił informacje o swojej sytuacji faktycznej i prawnej i nie przedstawił zamawiającemu pełnej informacji o zdarzeniach kontraktowych, mogących skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, co spowodowało, że postępowanie straciło walor przejrzystości.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:
1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej: „KIO") odwołania i uwzględnienie go w całości;
2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów szczegółowo opisanych w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 27 września 2024 r., dotyczącej wyboru oferty złożonej przez Eurovia Polska S.A. jako oferty najkorzystniejszej;
4) nakazanie zamawiającemu ujawnienia całej treści pisma stanowiącego załącznik nr 5 do pisma Eurovia Polska S.A. z 22 lipca 2024 r., zawierającego wyjaśnienia wykonawcy, dotyczące złożonego oświadczenia w trybie art. 125 ust. 1 Pzp;
5) nakazanie zamawiającemu: powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców, biorących udział w postępowaniu, wykluczenie Eurovia Polska S.A. z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy;
6) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
7) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z normami prawem przepisanymi.

Sygn. akt: KIO 3687/24

7.10.2024 r. wykonawca Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej jako: „odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:
1. Zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, nieprawidłowej ocenie i badaniu ofert;
2. Błędnej ocenie oferty odwołującego w zakresie dotyczącym kryterium: „Dodatkowe doświadczenie zawodowe KIEROWNIKA BUDOWY w specjalności inżynieryjnej drogowej", a w rezultacie, nieprzyznaniu ofercie odwołującego maksymalnej liczby punktów;
3. Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe spółka z o.o. (dalej: „STRABAG"), a w konsekwencji także odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
4. Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Eurovia Polska Spółka Akcyjna (dalej: „Eurovia"), a w konsekwencji także odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
5. Zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Eurovia, jako oferty złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 239 ust. 1-2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego w zakresie kryterium „Dodatkowe doświadczenie zawodowe KIEROWNIKA BUDOWY w specjalności inżynieryjnej drogowej" w sposób niezgodny z warunkami oceny określonymi w punkcie 17.9 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), a w konsekwencji przez przyznanie niższej niż maksymalna liczby punktów w zakresie ww. kryterium, co doprowadziło

do wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą.
Odwołujący stwierdził, że zamawiający w sposób błędny i subiektywny interpretuje przewidziane przez siebie kryterium oceny ofert, które w SWZ zostało opisane w sposób wyczerpujący i jednoznaczny. Ponadto, stanowisko zamawiającego zostało sformułowane w oparciu o nieprawdziwe okoliczności faktyczne.

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez niewykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy STRABAG, pomimo wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, co do niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu, na skutek rażącego niedbalstwa lub lekkomyślności, co miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, przez zatajenie informacji o nienależytym wykonaniu umów zawieranych w trybie zamówienia publicznego,

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp przez niewykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy Eurovia, pomimo wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji co do niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu, na skutek rażącego niedbalstwa lub lekkomyślności, co miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, przez zatajenie informacji o nienależytym wykonaniu umów zawieranych w trybie zamówienia publicznego,
4) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) i b) Pzp przez wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełniania przez Eurovia warunku udziału w postepowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp), co doprowadziło do nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy Eurovia w zakresie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji przez nieodrzucenie oferty Eurovia, pomimo niespełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b)).
5) a w ich wyniku art. 16 pkt. 1 i 2 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp, a także innych przepisów Pzp wskazanych w treści uzasadnienia.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności wyboru oferty Eurovia, jako najkorzystniejszej.
2) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem, że oferta odwołującego w zakresie kryterium „Dodatkowe doświadczenie zawodowe KIEROWNIKA BUDOWY w specjalności inżynieryjnej drogowej powinna otrzymać 10 (słownie: dziesięć) punktów.
3) nakazanie wykluczenia z postępowania wykonawców Eurovia oraz Strabag, a w konsekwencji także nakazanie odrzucenia ofert tych wykonawców.

Sygn. akt: KIO 3661/24 i KIO 3687/24

8.10.2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu obu odwołań, załączając ich kopie i wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

11.10.2024 r. wykonawca Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowiezgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 3661/24.

Z kolei 9.10.2024 r. wykonawca STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiuzgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 3687/24.

Izba ustaliła, że zgłoszenia przystąpień ww. wykonawców spełniają wymagania określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Ponadto, 12.10.2024 r. wykonawca Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskichzgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 3661/24 oraz KIO 3687/24.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Eurovia Polska S.A. z siedzibą wBielanach Wrocławskich, zarówno w sprawie o sygn. akt: KIO 3661/24, jak i w sprawie KIO 3687/24, zostało złożone z uchybieniem terminu ustawowego, określonego w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, a wynoszącego 3 -dni od dnia przekazania przez zamawiającego informacji o wniesionym odwołaniu. Wobec powyższego ww. wykonawca nie stał się uczestnikiem żadnego z postępowań odwoławczych, do których zgłosił swoje przystąpienie.

24.10.2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie obu odwołań w całości.

W sprawie KIO3661/24 odwołujący w piśmie z dnia 25.10.2024 r. zatytułowanym „wniosek o umorzenie postępowania w części" wnosił o umorzenie postępowania w części, tj. w zakresie zarzutu zawartego w pkt II.1)*petitum* odwołania na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt obiektywnego uwzględnienia przez zamawiającego

ww. zarzutu. Ponadto, odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu zawartego w pkt II.1) *petitum* odwołania w sytuacji, w której Izba nie znalazłaby podstaw do umorzenia postępowania w części na podstawie wskazanej powyżej.

Mając powyższe na uwadze, Izba w oparciu o przepis art. 568 pkt 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 3661/24 w zakresie zarzutu opisanego w pkt II.1) *petitum* odwołania, z uwagi na wycofanie tego zarzutu przez odwołującego. Jednocześnie dodać należy, że Izba nie znalazła podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego w tym zakresie z uwagi „na fakt obiektywnego uwzględnienia przez zamawiającego ww. zarzutu", gdyż zamawiający nie złożył oświadczenia o uwzględnieniu odwołania w zakresie ww. zarzutu, lecz wnosił o oddalenie odwołania w całości. Przepisy ustawy Pzp nie znają takiej instytucji jak „obiektywne uwzględnienie zarzutów przez zamawiającego".

W zakresie pozostałych zarzutów Izba skierowała odwołanie w sprawie KIO 3661/24 do rozpoznania na rozprawie.

Z kolei odwołujący w sprawie KIO 3687/24 w piśmie z dnia 27.10.2024 r. zawarł oświadczenie o cofnięciu odwołania w zakresie zarzutu nr 3, tj. zaniechania wykluczenia STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o., a w konsekwencji także odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Na posiedzeniu z udziałem stron odwołujący wyjaśnił, że omyłkowo wskazał w tym oświadczeniu na zarzut nr 3, zamiast na zarzut nr 2. Wyjaśnił, że jego intencją było cofnięcie zarzutów skierowanych wobec oferty wykonawcy STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Mając powyższe na uwadze Izba w oparciu o przepis art. 568 pkt 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 3687/24 w zakresie zarzutu opisanego w pkt II.2) *petitum* odwołania.

W zakresie pozostałych zarzutów Izba skierowała odwołanie w sprawie KIO 3687/24 do rozpoznania na rozprawie.

Ponadto, w sprawie KIO 3687/24 uczestnik postępowania odwoławczego - wykonawca STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – złożył pismo procesowe 24.10.2024 r. Dodatkowe pismo procesowe złożył także odwołujący w tej sprawie w dniu 27.10.2024.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania, tj. KIO 3661/24 i KIO 3687/24, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią obu odwołań i odpowiedzią zamawiającego na nie, po zapoznaniu się z pisemnymi stanowiskami uczestników obu postępowań odwoławczych oraz dalszymi pismami stron, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników obu postępowań, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań.

Izba dokonała również badania spełnienia przez obu odwołujących przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie każdego z odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego, stwierdzając spełnienie tych przesłanek.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Przedmiotem zamówienia jest: „Rozbudowa drogi krajowej nr 73 na odcinku od km 129+872,05 do km 130+342,05 w m. Tarnów". Szczegółowy zakres robót został określony w dokumentacji projektowej, Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz przedmiarach robót (będących materiałem pomocniczym do wyceny zadania), stanowiących załącznik nr 2 do SWZ.

W ust. 15 SWZ zamawiający określił -*Podstawy (przesłanki) wykluczenia z postępowania, warunki udziału w postępowaniu, wykaz podmiotowych środków dowodowych* i w pkt 3) przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wskazując, że: „Na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 7, 8, 9, 10 Pzp (fakultatywne przesłanki wykluczenia), z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyklucza wykonawcę: (…)
d) 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.
e) 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; (…)
g) 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.”.

Z kolei w ust. 15 pkt 6) SWZ zamawiający wskazał, że: „W celu potwierdzenia przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1-6 Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 7, 8, 9, 10 Pzp, zgodnie art. 126 ust. 1 Pzp, zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w terminie nie krótszym niż 10 dni aktualnych na dzień złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych: (…)
f) oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3-6 Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 1, 5, 7, 8, 9, 10 Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, a także w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 5k Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, dodanym Rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.04.2022 r. str. 1) – zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ.”.

Dalej w ust. 15 pkt 12) lit. a) SWZ zamawiający wskazał: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 112 ust. 2 Pzp, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.
Za minimalny poziom zdolności uznane zostanie wykazanie przez wykonawcę, że:
a) nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat (licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie:
− minimum 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie lub rozbudowie drogi co najmniej klasy GP wykonanej z nawierzchni bitumicznej, o wartości robót z branży drogowej (w zakresie podbudowy i nawierzchni) nie mniejszej niż 4 000 000,00 zł brutto każda z robót ORAZ
− minimum 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie sieci kanalizacyjnej, o wartości robót z branży kanalizacyjnej nie mniejszej niż 3 500 000,00 zł brutto każda z robót.
Roboty budowlane jak wyżej mogą być wykazane w ramach jednego zamówienia/umowy, jak również w ramach odrębnych zamówień/umów.”.

W ust. 17 SWZ zamawiający zawarł *Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.* Zgodnie z pkt 5) wybór oferty miał zostać dokonany na podstawie następujących kryteriów:
- cena (stawka brutto) za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (waga: 60 pkt),
- rozszerzenie okresu rękojmi na wykonane roboty budowlane (waga: 30 pkt),
- dodatkowe doświadczenie zawodowe KIEROWNIKA BUDOWY w specjalności inżynieryjnej drogowej (waga: 10 pkt).

W ust. 17 pkt 9) zamawiający wskazał, że:
„9) Punktacja w kryterium nr 3 „Dodatkowe doświadczenie zawodowe KIEROWNIKA BUDOWY w specjalnośc inżynieryjnej drogowej” – ocena ofert w tym kryterium dokonana zostanie na podstawie przedstawionego na druku oferty dodatkowego doświadczenia zawodowego osoby podanej na stanowisko KIEROWNIKA BUDOWY w specjalnośc inżynieryjnej drogowej, polegające na pełnieniu przez tę osobę funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności inżynieryjnej drogowej w zakończonych zadaniach, obejmujących swym zakresem budowę lub przebudowę lub rozbudowę drogi co najmniej klasy GP wykonanej z nawierzchni bitumicznej, o wartości robót z branży drogowej (w zakresie podbudowy i nawierzchni) nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto każda z robót (ponad doświadczenie wymagane dla tej osoby w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 15 pkt 12 lit. b tiret pierwsze SWZ). Doświadczenie osoby podanej na stanowisko Kierownika BUDOWY w specjalności inżynieryjnej drogowej wykazane w ramach przytoczonego warunku udziału w postępowaniu oraz w ramach niniejszego kryterium nie może się dublować (w ramach kryterium odnośnie tej osoby można wskazać jedynie doświadczenie związane z wykonaniem innych zadań niż wskazane w ramach warunku).

Wykonawca, który przedstawi w swojej ofercie dodatkowe doświadczenie ww. kierownika budowy polegające na wykonaniu:
1zadania – otrzyma 5 punktów
2zadań i więcej – otrzyma 10 punktów
P3 – otrzymane punkty w kryterium „Dodatkowe doświadczenie zawodowe KIEROWNIKA BUDOWY w specjalności inżynieryjnej drogowej"
Maksymalna liczba punktów możliwych do uzyskania – 10 pkt.
Jeżeli wykonawca nie poda w ofercie imienia i nazwiska ww. kierownika budowy i/lub nie poda jego dodatkowego doświadczenia zawodowego – zamawiający przyzna wykonawcy 0 pkt w tym kryterium.".

W postępowaniu zostały złożone oferty 3 wykonawców:

1)Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (łączna punktacja: 95,00)
2)Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (łączna punktacja: 99,64)
3)STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (łączna punktacja: 97,39).

Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty.

Pismem z dnia 27.09.2024 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich oraz przedstawił uzasadnienie nieprzyznania punktów w kryterium oceny ofert ofercie nr 1, złożonej przez wykonawcę: Swietelsky Rail Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wskazując co następuje:
„W ofercie nr 1 złożonej przez wykonawcę: Swietelsky Rail Polska Sp. z o.o., ul. Wielicka 250, 30-663 Kraków jako dodatkowe doświadczenie zawodowe Kierownika budowy w specjalności inżynieryjnej drogowej Pana R.M. wskazane zostały 2 zadania pn.:
1)„Budowa Obwodnicy Zambrowa i Wiśniewa w ciągu drogi krajowej nr 8 w lokalizacji od km 575+550 do km 586+620 i w ciągu drogi krajowej nr 63 w lokalizacji od km 164+600 do km 169+452 wraz z przebudową i budową niezbędnych obiektów i urządzeń służących do utrzymania dróg krajowych i transportu drogowego oraz przebudową i budową infrastruktury technicznej",
2) „Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Szczuczyn – Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania: Zadanie nr 2: odc. węzeł Ełk Południe – węzeł Wysokie (wraz z wyplotem w ciągu DK16)".
W zadaniu nr 2 Wykonawca wskazuje, że Pan R.M. pełnił funkcję kierownika budowy przy budowie drogi ekspresowej klasy S z nawierzchni bitumicznej, o wartości robót z branży drogowej w zakresie podbudowy i nawierzchni powyżej 3 000 000,00 zł brutto. Zamawiający otrzymał informacje, które wzbudziły jego wątpliwości co do dodatkowego doświadczenia zawodowego kierownika budowy na ww. zadaniu. W związku z powyższym, Zamawiający zwrócił się do GDDKiA Oddział w Olsztynie o potwierdzenie czy Pan R.M. pełnił funkcję kierownika budowy w czasie, w którym realizowane były roboty drogowe z branży drogowej w zakresie podbudowy i nawierzchni bitumicznej. W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację, z której wynika, że Pan R.M. na ww. inwestycji pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od dnia 02.10.2020 r. do dnia 11.01.2021 r. i w powyższym okresie nie były prowadzone roboty z branży drogowej w zakresie podbudowy i nawierzchni bitumicznej. GDDKiA potwierdziła również, że Pan R.M. po zakończeniu pełnienia funkcji kierownika budowy, nie uczestniczył w procesie budowalnym przy realizacji ww. zadania inwestycyjnego jako kierownik robót branży drogowej. Z uwagi na powyższe Zamawiający przyznał punkty tylko za 1 zadanie zgodnie z punktacją określoną w SWZ dla powyższego kryterium, uznając, że wykonawca nie wykazał, by wskazana osoba posiadała dodatkowe doświadczenie w zakresie realizacji robót wymaganych zgodnie z SWZ, tj. w budowie lub przebudowie lub rozbudowie drogi co najmniej klasy GP wykonanej z nawierzchni bitumicznej, o wartości robót z branży drogowej (w zakresie podbudowy i nawierzchni).".

Sygn. akt: KIO 3661/24

I.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp przez niezasadne zaniechanie wykluczenia z postępowania Eurovia Polska S.A. oraz uznanie, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia jego oferty, podczas gdy Eurovia Polska S.A podlega wykluczeniu z postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonywał istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych, co doprowadziło do naliczenia względem wykonawcy odszkodowań (kar umownych)

- zarzut częściowo uwzględniony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez

wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzpz 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.

Z kolei zgodnie z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W ocenie Izby potwierdził się częściowo ww. zarzut, tj. w zakresie umowy o zamówienie publiczne z dnia 1 lipca 2019 r., dotyczącej zadania pn. „Remont ul. Krzykowskiej w Nadolicach Wielkich", nr postępowania MTP.272.148.2019.MK/RM, zawartej z Gminą Czernica, gdzie nienależyte wykonanie zobowiązania polegało na zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy, co doprowadziło do naliczenia przez Gminę Czernica względem wykonawcy odszkodowania (kary umownej) w wysokości 95.000 zł, przy wartości całego przedsięwzięcia opiewającej na kwotę 589.906,78 zł brutto (wartość robót) (zarzut opisany w pkt II.2) lit. a) *petitum* odwołania).

W trakcie realizacji ww. umowy doszło do nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z tej umowy w zakresie terminowej realizacji umowy, co w konsekwencji doprowadziło do nałożenia przez Gminę Czernica na wykonawcę Eurovia Polska sp. z o.o. kary umownej w wysokości 95.000 zł. Wynika to bezpośrednio z dowodów załączonych do odwołania, a mianowicie z: odpowiedzi Gminy Czernica na wniosek o udzielenie informacji publicznej, protokołu końcowego odbioru robót oraz noty księgowej. Kara umowna została naliczona z tytułu zwłoki w realizacji przedmiotu umowy, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Podkreślić też należy, że sam wykonawca nie kwestionował ani zasadności, ani wysokości nałożonej na niego kary umownej, albowiem jak wynika z treści noty księgowej nr NK/0036/2021 z dnia 17.12.2021 r. kara umowna w wysokości 95.000 zł została nałożona zgodnie z § 1 ust. 6 porozumienia zawartego w dniu 15 grudnia 2021 r.

Niewątpliwie odwołujący słusznie tutaj wskazywał, że niewykonanie zobowiązań umownych nastąpiło w znacznym stopniu lub zakresie, o czym świadczy m.in. wysokość kary umownej naliczonej z tytułu zwłoki, tj. 95.000 zł, przy wartości wynagrodzenia wykonawcy opiewającego na kwotę 589.906,78 zł brutto. Tym samym niedochowanie terminu realizacji umowy było znaczące i miało charakter istotny. Stosunek bowiem naliczonej kary umownej do wartości całego kontraktu to ok. 16% (niespełna 1/6 wartości wynagrodzenia umownego). Zasadnie wskazywał odwołujący, że wysokość kary umownej z pewnością przekraczała zysk i marżę wykonawcy, które kalkulował wykonawca w ramach realizacji tej umowy. Niewątpliwie więc sama wysokość kary umownej obrazuje już znaczny stopień niewykonania zobowiązań wynikających z umowy zawartej z Gminą Czernica i zarazem odzwierciedla istotność naruszeń dokonanych przez wykonawcę. Jednocześnie kara ta miała charakter odszkodowawczy, albowiem niewątpliwie zamawiający nakładając taką karę miał na celu zrekompensowanie szkód, jakie powstały w związku ze znaczącym opóźnieniem w wykonaniu zobowiązań wynikających z umowy.

Odnosząc się do twierdzeń zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie, że odwołujący nie wykazał, aby mimo naliczenia kar umownych, umowy zostały wykonane nienależycie, przypomnieć należy, że sam wykonawca nie kwestionował zasadności nałożenia na niego kar umownych. Nieterminowe spełnienie świadczenia, określonego w postanowieniach umownych, również należy uznać za jego nienależyte spełnienie, mimo że samo wykonanie przedmiotu umowy może nie budzić zastrzeżeń co do jego jakości. Ponadto, okoliczność, że Gmina Czernica nie wykluczała w kolejnych postępowaniach wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie świadczy jeszcze o tym, że przesłanki, o których mowa w tym przepisie nie ziściły się. Każdorazowo zamawiający sam ocenia te przesłanki, a decyzje innych zamawiających nie są dla niego w żaden sposób wiążące. W niektórych sprawach mogłoby to bowiem prowadzić do tego, że jedna błędna decyzja podjęta przez zamawiającego, powodowałaby konieczność jej sankcjonowania w kolejnych postępowaniach, prowadzonych przez innych zamawiających, mimo dokonania przez nich odmiennej oceny w zakresie podstaw wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Co do referencji, to faktycznie potwierdzają one należyte wykonanie umowy przez wykonawcę, ale też w swojej treści nie odnoszą się do kwestii terminowości realizacji przedmiotu zamówienia. A to jest też istotny obowiązek umowny leżący po stronie wykonawcy.

Ponadto, odnosząc się do dowodów złożonych w tej sprawie należy zwrócić uwagę m.in. na porozumienie z dnia 16.09.2021 r. dot. realizacji umowy: „Remont ulicy Krzykowskiej w Nadolicach Wielkich" na mocy którego Gmina Czernica wprawdzie potwierdziła, że w zakresie zamówienia publicznego, którego dotyczy to porozumienie, w stosunku do Eurovia Polska S.A.nie ziściły się okoliczności, o których mowa w 109 ust. 1 pkt 5 Pzp (par. 2 ust. 5) oraz w art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp (par. 2 ust. 6), lecz jednocześnie to samo porozumienie zobowiązywało wykonawcę do realizacji robót i

wykonania zadania w nieprzekraczalnym terminie do dnia 22.10.2021 r. Tymczasem z protokołu odbioru końcowego robót wynika, że zostały one ukończone dopiero 13.12.2021 r. Ponadto, z treści tego porozumienia wynikało, że w związku z jego zawarciem Gmina Czernica wycofała – za zgodą wykonawcy - swoje uprzednie oświadczenie z dnia 7.09.2024 r. o odstąpieniu od umowy (par. 1 ust. 1).

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że okoliczności związane z realizacją przez Eurovia Polska S.A. ww. umowy uzasadniają zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Natomiast Izba nie znalazła podstaw do uznania, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp potwierdził się również w zakresie realizacji umów opisanych w punkcie II.2) lit. b) – d) *petitum* odwołania, tj.:
b) umowy o zamówienie publiczne z dnia 14 września 2021 r., nr postępowania BRG.272.448.2021, zawartej z Gminą Jasienica, w której przypadku niewykonanie istotnego zobowiązania polegało na zwłoce w wykonaniu zobowiązań umownych przez wykonawcę, co doprowadziło do naliczenia przez Gminę Jasienica względem wykonawcy odszkodowania (kary umownej) w wysokości 67.649,80 zł, przy wartości całego przedsięwzięcia opiewającej na kwotę 3.938.949,53 zł;
c) umowy o zamówienie publiczne nr RGŚ.272.3.2020-CRU/229/2020 dotyczącej inwestycji pn. „Utworzenie trasy rowerowej łączącej Gminę Ustroń z Gminą Wisła", zawartej z Gminą Wisła", gdzie niewykonanie istotnego zobowiązania polegało na zwłoce w wykonaniu zobowiązań umownych przez wykonawcę, co doprowadziło do naliczenia przez Gminę Wisła względem wykonawcy odszkodowania (kary umownej) w wysokości 45.900 zł, następnie zmiarkowanej przez Gminę Wisła do kwoty 22.950 zł, przy wartości całego przedsięwzięcia opiewającej na kwotę 2.915.535,45 zł (wysokość wynagrodzenia wykonawcy);
d) umowy o zamówienie publiczne z dnia 1 października 2021 r., nr RGS.272.18CRU/380/2021, dotyczącej inwestycji pn. „Remont nawierzchni dróg gminnych — ul. Torfowa", zawartej z Gminą Wisła, w przypadku której niewykonanie zobowiązania polegało na zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy z Gminą Wisła, co doprowadziło do naliczenia przez Gminę Wisłą wobec wykonawcy odszkodowania (kary umownej) w wysokości 3.000 zł, przy wartości całego przedsięwzięcia opiewającej na kwotę 277.121 zł (wysokość wypłaconego wynagrodzenia brutto).

Przede wszystkim należy zauważyć, że odwołujący poza sformułowaniem ogólnych tez odnoszących się do wszystkich umów, w związku z realizacją których zostały nałożone kary umowne na wykonawcę Eurovia i poza wymienieniem tych umów, wysokości kar umownych naliczonych w związku z ich realizacją i podaniem wartości całego kontraktu, nie przedstawił żadnych dodatkowych okoliczności potwierdzających ziszczenie się przesłanek opisanych w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Nie każdy przypadek nałożenia kar umownych na wykonawcę nawet z tytułu zwłoki w realizacji umowy potwierdza bowiem, że wykonawca 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. Po pierwsze, wszystkie przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp muszą być spełnione łącznie, aby stanowiło to podstawę do wykluczenia danego wykonawcy z postępowania. Poza tym, sam fakt nałożenia kar umownych nie przesądza o tym, że doszło do niewykonania zobowiązania w terminie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Jest to tylko oświadczenie samego inwestora, które w okolicznościach danej sprawy może być skutecznie kwestionowane przez drugą stronę. Ponadto, nie każde opóźnienie w wykonaniu zadania będzie zwłoką w jego wykonaniu (a zatem będzie miało charakter zawiniony), czy też nie każda zwłoka w realizacji będzie miała charakter znaczny czy istotny. Wszystkie te okoliczności podlegają ocenie każdorazowo w danym przypadku, a tutaj takiej oceny i argumentacji ze strony odwołującego zabrakło, poza przypadkiem umowy o zamówienie publiczne z dnia 1 lipca 2019 r., dotyczącej zadania pn. „Remont ul. Krzykowskiej w Nadolicach Wielkich", zawartej z Gminą Czernica.

Dodatkowo wskazać należy na mało znaczącą wartość kary umownej nałożonej przez Gminę Wisła w związku z realizacją zadania pn. „Remont nawierzchni dróg gminnych – ul. Torfowa", tj. 3.000 zł, przy wysokości wynagrodzenia wykonawcy na kwotę 277.121,67 zł (tj. nieco ponad 1% wartości całego kontraktu).

Z kolei pierwotna kara umowna nałożona także przez Gminę Wisła w związku z realizacją zadania pn. „Utworzenie trasy rowerowej łączącej Gminę Ustroń z Gminą Wisła", tj. 45.900 zł, przy wysokości wynagrodzenia umownego wykonawcy 2.915.535,45 zł, została obniżona przez samego zamawiającego do kwoty 22.950 zł, ze względu na ryzyko jej miarkowania w postępowaniu sądowym. A zatem finalnie stosunek tej kary do wartości umowy wyniósł także niespełna 1%. Jednocześnie w piśmie skierowanym do wykonawcy Eurovia Polska S.A. z dnia 28.02.2023 r. zamawiający – Gmina Wisła wdał się w polemikę z uprzednio przedstawionym stanowiskiem wykonawcy, wskazując, że

wierzyciel ma prawo do naliczenia kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, co nie wymaga udowodnienia istnienia szkody. Jednocześnie powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego z 6.11.2003 r., III CZP 61/03, z której miało wynikać, że obowiązek zapłaty kary umownej istnieje niezależnie od poniesienia szkody przez wierzyciela, przy czym brak szkody lub niewielki jej rozmiar mogą stanowić usprawiedliwienie dla zastosowania miarkowania kary. Z tych też względów Gmina Wisła zawarła propozycję zawarcia ugody pozasądowej z miarkowaniem kary umownej o 50%.

W przypadku kary umownej nałożonej przez Gminę Jasienica w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne przez wykonawcę Eurovia Polska kara wyniosła niespełna 2% wartości całej umowy (67.649,80 zł wobec 3.938.949,53 zł).

Biorąc pod uwagę okoliczność, że wiadomym jest, że opóźnienia w realizacji robót budowlanych są dość powszechne, to trudno tutaj mówić o tym, że tylko i wyłącznie z uwagi na fakt nałożenia na wykonawcę ww. kar umownych ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Tym samym, w zakresie realizacji umów wyszczególnionych przez odwołującego w pkt II.2) lit. b) - d) *petitum* odwołania Izba ustaliła, że odwołujący nie uprawdopodobnił, że w tych przypadkach ziściły się okoliczności powodujące wykluczenie wykonawcy Eurovia Polska S.A. w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

II.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i w zw. art. 109 ust. 2 Pzp przez niezasadne zaniechanie wykluczenia z postępowania Eurovia Polska S.A. oraz uznanie, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania, podczas gdy Eurovia Polska S.A w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, albo co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, nie przedstawił zamawiającemu informacji o okolicznościach, wskazanych w pkt 2) lit. a. — d. zarzutów, które to okoliczności wystąpiły w stosunku do tego wykonawcy w trakcie realizacji innych, wcześniejszych umów w sprawie zamówień publicznych, tj. umowy z Gminą Czernica, umowy z Gminą Jasienica, umowy dot. trasy rowerowej oraz umowy z Gminą Wisła, zatajając te informacje zarówno w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia i załącznikach do niego, jak i w później składanym oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp na formularzu JEDZ, czym wprowadził zamawiającego w błąd co do istnienia przesłanek, mogących skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a powyższe miało lub co najmniej mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowanie przez zamawiającego w postępowaniu, albowiem nieujawnione/zatajone informacje dotyczyły okoliczności podlegających ocenie w ramach podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp

- zarzut częściowo uwzględniony.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 oraz art. 109 ust. 2 Pzp:
1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (…)
7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych
(…)
10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
2. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w ocenie składu, który orzeka w niniejszych połączonych sprawach, przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 czy 10 ustawy Pzp w związku z nieujawnieniem zamawiającemu informacji o nałożonych na wykonawcę w przeszłości karach umownych w związku z realizacją umów o zamówienie publiczne należy rozpatrywać w związku z przesłankami opisanymi w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp. Oczywiście są to odrębne i niezależne podstawy wykluczenia wykonawcy, co też słusznie podnosił odwołujący.

Skład orzekający uważa, że oświadczenie wykonawcy składane na formularzu JEDZ w części III sekcja C „Podstawy wykluczenia. Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi" w odpowiedzi na pytanie:
„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?"

- nie jest składane w celu przedstawienia pełnej historii kontraktowej danego wykonawcy, związanej z jakimikolwiek nieprawidłowościami przy wykonywaniu wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, w związku z którymi nałożone zostały kary umowne, także te o marginalnym znaczeniu. Stanowisko przeciwne zdają się prezentować obaj odwołujący wskazując, że obowiązkiem wykonawcy jest przedstawienie pełnej informacji w zakresie umów, przy realizacji których nałożono na wykonawcę kary umowne (odszkodowanie), aby zamawiający miał pełen obraz historii kontraktowej danego wykonawcy i samodzielnie mógł ocenić każdy taki przypadek opisany w JEDZ i zweryfikować na tej podstawie czy wobec takiego wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Z takim stanowiskiem nie zgadza się Izba w składzie orzekającym w niniejszych połączonych sprawach. Owszem znana jest składowi orzekającemu linia orzecznicza wskazująca na konieczność przedstawienia informacji w dokumencie JEDZ o wszystkich kontraktach przy realizacji których zamawiający nałożyli na wykonawcę kary umowne, jednakże takie stanowisko w praktyce może prowadzić i zapewne będzie prowadziło do absurdalnych sytuacji. Powszechnie wiadomym jest, co już powyżej zostało wskazane, że w ramach umów - w szczególności o roboty budowlane - często występują opóźnienia w ich realizacji, często też z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy. Po drugie, standardem w umowach o zamówienia publiczne są postanowienia dotyczące kar umownych, dające możliwość zamawiającym nałożenia na wykonawcę kary umownej za każdy dzień zwłoki, czy też choćby za nie dopełnienie obowiązków wynikających z umowy, nie mających istotnego znaczenia. Przyjęcie stanowiska, że wykonawca powinien informować o wszystkich nieprawidłowościach jakie wystąpiły w związku z realizowanymi przez niego umowami w sprawie o udzielenie zamówienia, gdzie nałożono na niego kary umowne choćby w minimalnej wysokości bądź przykładowo za 1 – 2 dni zwłoki, nawet w sytuacji, gdy nie ma to żadnego znaczenia dla realizacji danego kontraktu, prowadziłoby w istocie do wypaczenia celu i sensu składanego oświadczenia.

Wbrew twierdzeniom odwołującego nie jest tak, że linia orzecznicza wskazująca na konieczność ujawnienia w oświadczeniu składanym w JEDZ pełnej informacji o wszystkich nałożonych na danego wykonawcę karach umownych w związku z realizowanymi w przeszłości umowami w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest jednolita (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej powołane w odpowiedzi na odwołanie: KIO 287/23, KIO 1640/24, a ponadto wyrok KIO 746/23 czy KIO 3293/23). W tym miejscu należy zwrócić uwagę również na brak jednolitego stanowiska w tej kwestii prezentowanego przez Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Zamówień Publicznych. Izba w składzie orzekającym w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 listopada 2023 roku (sygn. akt: XXIII Zs 89/23), że:
„Słusznie więc przyjął zamawiający, że skoro omawiane oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, to uwzględniając treść tego przepisu, (...) nie miał obowiązku wskazywania kontraktów innych niż tylko te przy których realizacji wystąpiły okoliczności z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP (…)
Taka interpretacja tej kwestii wydaje się być zgodna z celem jakiemu mają służyć dane objęte formularzem JEDZ. Dla SO przekonywujące w tym zakresie jest bowiem stanowisko zamawiającego, który wskazywał, że treść dokumentu JEDZ, w szczególności treść poszczególnych zadawanych w nim pytań adresowanych do wykonawców, nie można odczytywać ani interpretować w sposób oderwany od całości tego formularza oraz jego funkcji - jako dokumentu służącego potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia danego wykonawcy z postępowania na podstawie przesłanek wykluczenia określonych w PZP oraz przewidzianych w danym postępowaniu. Sporne pytanie z JEDZ odnosi się zatem wyłącznie do sytuacji, w których wobec wykonawcy zaistniała konkretna przesłanka wykluczenia sformułowana w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. Nie jest to natomiast pytanie o charakterze abstrakcyjnym, odnoszącym się do wszelkich innych przypadków przebiegu realizacji przeszłych umów o zamówienie publiczne. (…) Gdyby bowiem przyjąć za zasadne stanowisko skarżącego to w praktyce oznaczałoby to konieczność wskazywania przez wykonawców i analizowania przez zamawiającego całej historii, wszystkich kontraktów (w granicach czasowych z art. 111 PZP) w kontekście potencjalnego zaistnienia którejkolwiek z przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. Zdaniem SO wątpliwym jest, aby takie było zamierzenie racjonalnego ustawodawcy przy konstruowaniu wyżej wzmiankowanej instytucji prawnej. Abstrahując już bowiem od czasochłonności tego rodzaju działań (i wpływu tego na samo postępowanie o udzielenie zamówienia) to wydaje się być rzeczą oczywistą, że zamawiający w ogóle nie miałby realnych (prawnie mu zagwarantowanych) instrumentów do tego, ażeby w sposób rzeczowy przeprowadzić analizę całości historii kontraktowej poszczególnych wykonawców.".

Z drugiej strony, Izba zdaje sobie sprawę, że istnieje ryzyko, iż wykonawca, który będzie bagatelizować znaczenie nienależytego wykonania zobowiązań wynikających z umowy, gdzie niewątpliwie wystąpiły nieprawidłowości, mające istotne znaczenie, co zamawiający zakomunikował, a nawet nałożył z tego tytułu zobowiązania finansowe lub inne, co doprowadzi go do wniosku, że nie ma on obowiązku ujawniać tych faktów w dokumencie JEDZ. Jednocześnie taka ocena wykonawcy nie będzie uprawniona i nie będzie miała odzwierciedlenia w okolicznościach faktycznych danej sprawy. Wówczas należałoby uznać, że brak ujawnienia takich informacji obciąży negatywnymi skutkami wykonawcę składającego oświadczenie zamawiającemu o określonej treści. Każdorazowo oświadczenie wykonawcy winno być ocenianie w konkretnych okolicznościach danej sprawy. Ocena zaś tego oświadczenia winna być skorelowana z przesłankami wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Podkreślić zatem należy, że niecelowe byłoby oczekiwanie, aby każdy przypadek nałożenia na danego wykonawcę kary umownej w związku z realizacją umowy o udzielenie zamówienia publicznego powinien być notyfikowany zamawiającemu, a brak takiej informacji automatycznie powinien skutkować wykluczeniem danego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia czy to w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 czy 10 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie Izba ustaliła, że wykonawca Eurovia Polska S.A., działając w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, nie przedstawił zamawiającemu informacji o nienależytym wykonaniu zobowiązania wynikającego z wcześniej zawartej umowy w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego z Gminą Czernica na realizację zadania pn.: „Remont ul. Krzykowskiej w Nadolicach Wielkich", gdzie w wyniku zwłoki w wykonaniu umowy nałożona została na wykonawcę kara umowna w znacznej wysokości, bo ok. 16% wartości całego kontraktu. Słusznie też podnosił odwołujący, że kara z uwagi na jej wysokość przekraczała zysk i marżę wykonawcy na tym kontrakcie i wskazywała na istotny charakter naruszeń, co już wcześniej zostało wskazane.

Sam zresztą wykonawca – zwracając się do Gminy Czernica z prośbą o wycofanie oświadczenia o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - przyznał, że nie przystąpił do wykonania robót budowlanych, a do problemów na kontrakcie doszło w związku z chorobami i odejściami pracowników brygady roboczej. Wykonawca nazwał to „przyczynami od niego niezależnymi", jednak nie ulega wątpliwości, że to wykonawca jest odpowiedzialny za ryzyko nie wykonania umowy związane ze zbyt małym zaangażowaniem kadry, bądź też nieprzewidzianymi chorobami personelu.

W konsekwencji Izba uznała, że wykonawca w sposób nieuprawniony zataił przed zamawiającym informacje o kontrakcie realizowanym na rzecz Gminy Czernica, pozbawiając go też tym samym możliwości dokonania oceny pod kątem ziszczenia się przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W odniesieniu do ww. umowy Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, że skoro Eurovia Polska S.A. posiada referencje i oświadczenia zamawiających, którzy naliczyli kary umowne z tytułu zwłoki, z których wynika, że niezależnie od tego wykonała umowy należycie, to Eurovia miała uzasadnione podstawy, żeby uznać, iż nie jest zobowiązana do informowania zamawiającego w JEDZ o nałożonej karze umownej. Wysokość tej kary, uznanie jej przez wykonawcę (zawarcie porozumienia obustronnego na mocy, którego wykonawca zobowiązany był ją zapłacić), a także fakt przyznania niewykonania w terminie zobowiązania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, wskazują na to, że w tym przypadku wykonawca nie miał usprawiedliwionych podstaw do nieujawnienia tego przypadku w dokumencie JEDZ. Dodać przy tym należy, że porozumienie dot. realizacji umowy: „Remont ulicy Krzykowskiej w Nadolicach Wielkich" na mocy którego Gmina Czernica potwierdziła, że:*„Eurovia Polska S.A. w zakresie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsze Porozumienie, nie naruszyła poważnie w sposób zawiniony obowiązków zawodowych, co podważyłoby jej uczciwość, w szczególności nie doszło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Eurovia Polska S.A., do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, o czym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 pzp"*(par. 2 ust. 5) oraz, że nie doszło do sytuacji, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp (par.2 ust. 6) – zostało zawarte w dniu 16.09.2021 r. i zobowiązywało wykonawcę do realizacji robót i wykonania zadania w nieprzekraczalnym terminie do dnia 22.10.2021 r. Nadto, obejmowało konieczność zaspokojenia roszczenia zamawiającego na kwotę 112.082,29 zł (par. 1 ust. 3). W związku z zawarciem porozumienia Gmina Czernica wycofała - za zgodą wykonawcy - swoje uprzednie oświadczenie z dnia 7.09.2024 r. o odstąpieniu od umowy (par. 1 ust. 1). Natomiast z protokołu odbioru końcowego odbioru robót wynika, że termin rzeczywisty zakończenia robót to 13.12.2021 r., a zatem nawet termin wynikający z ww. porozumienia nie został dotrzymany.

Z kolei w referencjach dot. ww. umowy zamawiający – Gmina Czernica potwierdziła jedynie, że:*„Eurovia Polska S.A. wykonała roboty objęte umową", „Łączna wysokość kar z tytułu świadczenia robót objętych ww. umową przez cały okres trwania umowy wyniosła: 95.000,00 zł"* oraz, że: *„Zamawiający nie wnosi zastrzeżeń co do prawidłowości i jakości wykonanych robót przez Wykonawcę*". Innymi słowy sam zamawiający potwierdził jedynie, że roboty zostały wykonane oraz, że nie wnosi zastrzeżeń co do jakości ich wykonania, a jednocześnie sam zawarł informację o naliczeniu kar

umownych. Nie odniósł się natomiast do kwestii terminowości wykonania umowy.

Za niemającą znaczenia dla rozstrzygnięcia Izba uznała argumentację zamawiającego, iż Eurovia Polska S.A. była wykonawcą na zadaniach realizowanych przez obecnego zamawiającego i wykonywała swoje obowiązki należycie.

Izba natomiast nie stwierdziła naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp uznając, że odwołujący nie wykazał, aby wykonawca działał w warunkach zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że ww. zarzut częściowo zasługuje na uwzględnienie.

III.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp przez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A., a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlegała odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i 10) Pzp, które w tym postępowaniu związane były z faktem obciążenia tego wykonawcy karami umownymi w związku z nienależytą realizacją umów Krakowska i S-5, które wykonawca zataił przed zamawiającym

- zarzut bezzasadny.

Izba nie uwzględniła ww. zarzutu stwierdzając, że odwołujący formułując ten zarzut odnosił się do umów Krakowska i S-5, które nawet nie zostały opisane w jakikolwiek sposób w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych okoliczności faktycznych, prawnych, ani dowodów.

IV.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) Pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK") przez niezasadne zaniechanie odrzucenia oferty Eurovia Polska S.A., a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu, gdyż wykonawca zataił informacje o swojej sytuacji faktycznej i prawnej i nie przedstawił zamawiającemu pełnej informacji o zdarzeniach kontraktowych, mogących skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, co spowodowało, że postępowanie straciło walor przejrzystości

- zarzut oddalony.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:
1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Stosownie do art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty.

W ocenie Izby nie potwierdził się ww. zarzut dotyczący złożenia oferty przez wykonawcę Eurovia Polska S.A. w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Nie jest tak, że każdorazowo zatajenie przez wykonawcę informacji o okolicznościach związanych z nieprawidłową realizacją umów, które mogą się wpisywać w przesłanki wykluczenia wykonawcy i które powinny być ujawnione zamawiającemu, będzie wpisywało się w przesłanki warunkujące zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Niewątpliwe w pewnych okolicznościach będzie to stanowiło działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami. Nie należy jednak utożsamiać podstaw wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 czy 10 ustawy Pzp i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp z

podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący w sposób bardzo ogólny odniósł się do okoliczności, które w jego mniemaniu stanowią o czynie nieuczciwej konkurencji. Wskazywał, że postępowanie Eurovia Polska S.A., polegające na zatajeniu okoliczności związanych z nieprawidłową realizacją umów było sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz naruszało interes samego zamawiającego i innych wykonawców, bowiem brak wiedzy o faktycznej sytuacji tego wykonawcy prowadził w ocenie odwołującego do potencjalnego podjęcia przez zamawiającego współpracy z kontrahentem, co do którego – z powodu braku pełnej wiedzy o sposobie realizacji przez niego innych umów i nieprawidłowości – nie może zweryfikować jego rzetelności. Także pozostali oferenci mogli utracić zamówienie na skutek wyboru oferenta, który może powinien zostać wykluczony, gdyby zamawiający posiadał odpowiednie informacje, a ponadto sami zostali pozbawieni możliwości weryfikacji swoich konkurentów, w porównaniu do sytuacji, w której działaliby oni transparentnie i uczciwie.

W ocenie Izby tak przedstawiona argumentacja nie jest wystarczająca do uznania, że wykonawca złożył ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. To na odwołującym spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie. To odwołujący powinien wykazać, że działanie, które jest sprzeczne z dobrymi obyczajami w istocie zagraża lub narusza interes innego wykonawcy czy też zamawiającego. Powinien wykazać również związek przyczynowo – skutkowy, a także realność owego zagrożenia czy naruszenia interesu, czego - w ocenie Izby - odwołujący nie uczynił.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł, uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania; kwotę 3600 zł poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę 3600 zł poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 347 zł 30 gr poniesioną przez zamawiającego w związku z dojazdem na rozprawę.

Izba, stosunkowo do wyniku postępowania odwoławczego (tj. stosunku liczby zarzutów uwzględnionych do oddalonych), obciążyła strony kosztami i w sprawie KIO 3661/24 kosztami postępowania obciążyła odwołującego w części 1/2 oraz zamawiającego w części 1/2 (zarzut nr 2 i 3 co do istoty uwzględnione, zaś zarzuty 4 i 5 oddalone)

Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 827 zł, stanowiącą należną odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

Sygn. akt: KIO 3687/24

I.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 - 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę oferty odwołującego w zakresie kryterium „Dodatkowe doświadczenie zawodowe KIEROWNIKA BUDOWY w specjalności inżynieryjne drogowej" w sposób niezgodny z warunkami oceny określonymi w Punkcie 17.9 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), a w konsekwencji przez przyznanie niższej, niż maksymalna liczby punktów w zakresie ww. kryterium, co doprowadziło do wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą

- zarzut uwzględniony.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:
1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Stosownie do art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty.

W ocenie Izby potwierdził się ww. zarzut. Słusznie w tym zakresie odwołujący podnosił, że zamawiający w sposób błędny i subiektywny interpretował ustanowione przez siebie kryterium oceny ofert, tj. kryterium nr 3 „Dodatkowe doświadczenie zawodowe KIEROWNIKA BUDOWY w specjalności inżynieryjno-drogowej", co prowadziło do wniosków nie mających oparcia w treści tego kryterium. Rację też miał odwołujący, że pierwszeństwo ma wykładnia literalna.

Przedmiotowe kryterium zostało opisane w sposób jednoznaczny, tj.:
„ocena ofert dokonana zostanie na podstawie przedstawionego na druku oferty, dodatkowego doświadczenia zawodowego osoby podanej na stanowisko KIEROWNIKA BUDOWY w specjalności inżynieryjnej drogowej, polegające na pełnieni przez tę osobę funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności inżynieryjnej drogowej w zakończonych zadaniach, obejmujących swym zakresem budowę lub przebudowę lub rozbudowę drogi co najmniej klasy GP wykonanej z nawierzchni bitumicznej, o wartości robót z branży drogowej (w zakresie podbudowy i nawierzchni) nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł brutto każda z robót (ponad doświadczenie wymagane dla tej osoby w ramach warunku udziału w postępowaniu określonego w ust. 15 pkt 12 lit. b tiret pierwsze SWZ). Doświadczenie osoby podanej na stanowisko Kierownika BUDOWY w specjalności inżynieryjnej drogowej wykazane w ramach przytoczonego warunku udziałuw postępowaniu oraz w ramach niniejszego kryterium nie może się dublować (w ramach kryterium odnośnie tej osoby można wskazać jedynie doświadczenie związane z wykonaniem innych zadań niż wskazane w ramach warunku)” (ust. 17 pkt 9) SWZ).

Zamawiający zakwestionował doświadczenie osoby wskazanej przez odwołującego na stanowisko kierownika budowy w specjalności inżynieryjnej drogowej – Pana R.M. uzyskane w związku z realizacją zadania: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S61 Szczuczyn – Budzisko (gr. państwa) z podziałem na zadania: Zadanie nr 2: odc. węzeł Ełk Południe – węzeł Wysokie (wraz z wyplotem w ciągu DK16)” uznając, że wykonawca „nie wykazał, by wskazana osoba posiadała dodatkowe doświadczenie w zakresie realizacji robót wymaganych zgodnie z SWZ”.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że Pan R.M. pełnił funkcję kierownika budowy na kontrakcie, który został zakończony, w okresie od 2.10.2020 roku do 11.01.2021 r. Fakt ten został potwierdzony przez inwestora przedmiotowej inwestycji, tj. GDDKiA w Olsztynie, który jednocześnie udzielając odpowiedzi na pytania zamawiającego wskazał, że w okresie, w którym Pan R.M. pełnił funkcję kierownika budowy, nie były prowadzone roboty z branży drogowej w zakresie podbudowy i nawierzchni bitumicznej, jak również, iż osoba ta po zakończeniu pełnienia funkcji kierownika budowy, nie uczestniczyła w procesie budowlanym przy realizacji tego zadania jako kierownik robót branży drogowej.

Nie było sporne, że sam kontrakt spełniał warunki opisane w tym kryterium.

Jednakże zdaniem zamawiającego, osoba dedykowana do pełnienia funkcji Kierownika budowy w specjalności inżynieryjnej drogowej, aby uzyskać dodatkowe punkty w ramach przedmiotowego kryterium winna była wykazać się doświadczeniem zawodowym w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności inżynieryjnej drogowej bezpośrednio przy realizacji robót obejmujących swym zakresem budowę lub przebudowę lub rozbudowę drogi co najmniej klasy GP wykonanej z nawierzchni bitumicznej (w zakresie podbudowy i nawierzchni).

W ocenie Izby nadinterpretacją ww. kryterium przez zamawiającego było odnoszenie poszczególnych wymagań mających charakteryzować kontrakt do zakresu robót, w których miałaby uczestniczyć osoba pełniąca funkcję kierownika budowy. Zdaniem Izby taka ocena jest arbitralną oceną kryterium dokonaną przez zamawiającego, nie mającą oparcia w jego bezpośrednim brzmieniu.

Izba podziela w pełni w tym zakresie argumentację odwołującego przedstawioną w odwołaniu. Słusznie odwołujący wskazywał, że zamawiający w kryterium tym sformułował w sposób jednoznaczny i zrozumiały oczekiwania, co do doświadczenia zawodowego osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy w specjalności inżynierii drogowej i nie może on obecnie stosować wykładni rozszerzającej tego kryterium, jak i nie może powoływać się w związku z tym na bliżej nieokreślone intencje, mające mu przyświecać w związku z wprowadzeniem kryterium doświadczenia. Za odwołującym stwierdzić też należy, że literalna wykładnia kryterium prowadzi do jednoznacznych wniosków, że poszczególne wymagania zamawiającego dotyczą charakterystyki kontraktu, nie są zaś związane z zakresem robót, w których bezpośrednio uczestniczyła określona osoba legitymująca się doświadczeniem na wymaganym stanowisku. Wykonawcy byli wyłącznie zobowiązani do wykazania, że określona osoba pełniła funkcję Kierownika budowy (lub Kierownika robót danej specjalności) w ramach zadania inwestycyjnego o parametrach określonych w SWZ, nie zaś do wykazywania konkretnego doświadczenia tej osoby, z konkretnej fazy czy okresu trwania kontraktu. Kryterium to w żaden sposób nie referuje do okresu sprawowania funkcji (kierownika budowy lub kierownika robót drogowych), w tym nie formułuje wymagania by funkcja ta była sprawowana przez cały okres realizacji kontraktu, czy też by obejmowała wymaganie sprawowania tej funkcji w czasie wykonywania robót z branży drogowej w zakresie podbudowy i nawierzchni bitumicznej, co legło u podstaw kwestionowanego odwołaniem rozstrzygnięcia. Z brzmienia tego kryterium w żaden sposób nie wynika, aby wymogiem SWZ miało być także to, by osoba Kierownika budowy lub Kierownika robót drogowych wykonywała swą funkcję na kontrakcie referencyjnym w czasie, w którym realizowane były

roboty drogowe z branży drogowej w zakresie podbudowy i nawierzchni bitumicznej. Jeśli taki był zamiar zamawiającego, to powinien to wyrazić w treści opisu kryterium.

Tym samym niekwestionowany przez zamawiającego fakt wykonywania przez Pana R.M. na kontrakcie S61 Szczuczyn – Budzisko funkcji Kierownika Budowy (przy braku zastrzeżeń co do parametrów kontraktu) w świetle treści ust. 17 pkt 9) SWZ był wystarczający do przyznania 5 pkt tytułem dodatkowego doświadczenia zawodowego KIEROWNIKA BUDOWY w specjalności inżynieryjno-drogowej.

Warto też zauważyć, że uczestnik postępowania odwoławczego wskazywał na konieczność zastosowania wykładni funkcjonalnej i systemowej w zakresie interpretacji brzmienia spornego kryterium, jednak sam nie podał przekonujących argumentów, dlaczego wykładnia literalna nie powinna mieć w tym przypadku zastosowania, jak również nie przedstawił sposobu przeprowadzenia w tym konkretnym przypadku wykładni funkcjonalnej czy systemowej.

Wobec powyższych ustaleń ostrożnościowa argumentacja odwołującego, odnosząca się do dodatkowego doświadczenia Pana R.M., wynikającego z wykonywania przez niego funkcji Kierownika robót drogowych, nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia tego zarzutu.

Z tych też względów Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie.

II.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp przez niewykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy EUROVIA, pomimo wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji co do niepodlegania wykluczeniu z udziału w postępowaniu, na skutek rażącego niedbalstwa lub lekkomyślności, co miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, przez zatajenie informacji o nienależytym wykonaniu umów zawieranych w trybie zamówienia publicznego

- zarzut uwzględniony.

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Stanowisko Izby w zakresie ww. zarzutu jest w zasadzie tożsame jak w przypadku rozstrzygnięcia analogicznego zarzutu podniesionego w ramach odwołania KIO 3661/24, a nadto dotyczy też tego samego kontraktu, tj. realizowanego na rzecz Gminy Czernica w związku z którym nałożono na Eurovia Polska S.A. karę umowną w wysokości 95.000 zł (por. pkt II niniejszego uzasadnienia dot. KIO 3661/24.).

Odwołujący w ramach ww. zarzutu podał, że wykonawca Eurovia podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu w oparciu o fakultatywną przesłankę wykluczenia, znajdującą zastosowane w postępowaniu zgodnie z dokumentami przetargowymi zamawiającego, a więc na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp. Podkreślił też, że wykonawca Eurovia w złożonym JEDZ nie ujawnił szeregu okoliczności świadczących o nienależytym wykonaniu wcześniejszych umów zawieranych w trybie zamówień publicznych, a co za tym idzie, nie skorzystał z procedury samooczyszczania na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący uzasadniając ww. zarzut powołał się w istocie na te same umowy realizowane przez Eurovia Polska S.A., na które wskazywał odwołujący w sprawie KIO 3661/24 – wykonawca STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, uzupełniając ten katalog o umowę realizowaną na rzecz Miasta Bielsko-Biała -Miejski Zarząd Dróg w Bielsko-Białej, w ramach której nałożono na wykonawcę Eurovia Polska S.A. karę umowną w wysokości 180.000,00 zł z tytułu niedotrzymania warunków umowy w trakcie grudniowych opadów śniegu. Jednocześnie odwołujący nie wskazał nawet na wartość tego kontraktu.

Izba w tym zakresie uznała, że potwierdził się zarzut w zakresie zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Eurovia, który w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zatajenie informacji o nienależytym wykonaniu umowy zawartej z Gminą Czernica pn.: „Remont ul. Krzykowskiej w Nadolicach Wielkich", zawartej w trybie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego Izba uwzględniła ww. zarzut.

III.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) i b) Pzp przez wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełniania przez Eurovia warunku udziału w postepowaniu (art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp), co doprowadziło nieprawidłową ocenę oferty wykonawcy Eurovia w zakresie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji poprzez nieodrzucenie oferty Eurovia, pomimo niespełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b)

- zarzut oddalony.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp: z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:
8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z kolei przepis art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) i b) stanowi, iż: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę:
a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub (…).

W ocenie Izby nie potwierdził się ww. zarzut.

Odwołujący nie wykazał, że zostały spełnione przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, dotyczące wprowadzenia w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji, dotyczących spełniania przez Eurovia Polska S.A. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, a polegającego na wykazaniu się doświadczeniem w należytym wykonaniu minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie drogi. Odwołujący kwestionował zadanie referencyjne przedstawione przez Eurovia Polska S.A. w wykazie robót*: „Przebudowa drogi krajowej nr 92 na odcinku Boczów-Torzym (nazwa zadania)- przebudowa drogi (opis, zakres zadania) – GP (klasa drogi) – bitumiczna (rodzaj nawierzchni)”.*

Odwołujący podnosił, że z informacji dostępnych m.in. na stronie internetowej GDDKiA jednoznacznie wynika, że przedmiotem ww. umowy było wykonanie „remontu”, nie zaś wykonanie „przebudowy” drogi na odcinku Boczów – Pniów. Roboty budowlane zostały wykonane na podstawie zgłoszenia na remont. Pomimo nazwy zadania inwestycyjnego: „Przebudowa drogi krajowej nr 92 na odcinku Boczów – Torzym”, dokumentacja techniczna wskazanego przez Eurovia zamówienia jednoznacznie świadczy o tym, że zrealizowane zadanie polegało na remoncie DK 92 na odcinku Boczów – Pniów.

Z dowodów złożonych w sprawie wynika, że roboty budowlane realizowane przez Eurovia Polska S.A. w ramach zadania „Przebudowa drogi krajowej nr 92 na odcinku Boczów – Torzym” określano zarówno mianem „przebudowa”, jak i „remont”. Przykładowo opis techniczny w zakresie charakterystyki inwestycji wskazuje na remont drogi i poboczy. Odwołujący jako dowody przedstawił również zaświadczenia o zgłoszeniu robót z dnia 29 listopada 2019 r. i 4 grudnia 2019 r., których przedmiotem był remont drogi. Jednocześnie jak zauważył to odwołujący w toku rozprawy o kwalifikacji robót budowlanych decyduje przede wszystkim sam inwestor oraz organy nadzoru budowlanego. W tym też kontekście należy zwrócić uwagę, że sam inwestor – GDDKiA Oddział w Zielonej Górze nie był konsekwentny w określeniu charakteru tych robót (gdyż na etapie ogłoszenia określił roboty jako remont), przy czym w referencjach wydanych na rzecz wykonawcy potwierdził, że była to przebudowa, a nadto w dodatkowym piśmie potwierdził charakter robót wskazany w referencjach. W dokumentacji dotyczącej realizowanego zdania naprzemiennie używane są określenia „remont” , „przebudowa”, co też wynika z dowodów przedłożonych przez odwołującego., Jednocześnie zamawiający w obecnym postępowaniu wyjaśniał, że w ramach realizowanych robót drogowych nastąpiła zmiana parametrów użytkowych i technicznych drogi, co miało świadczyć o tym, że roboty te w istocie stanowią przebudowę.

Tym samym Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że w tym przypadku doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego i ziszczenia się przesłanek wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy Pzp.

Ponadto, w ocenie Izby odwołujący nie wykazał, że wykonawca Eurovia Polska S.A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej z tego względu, że nie wykonał należycie minimum 2 robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie drogi co najmniej klasy GP wykonanej z nawierzchni bitumicznej.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

IV.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp, a także innych przepisów Pzp wskazanych w treści

uzasadnienia to zarzut wynikowy, częściowo potwierdził się w związku z częściowym uwzględnieniem odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł, uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania; kwotę 3600 zł poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, a także kwotę 3600 zł poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 347 zł 30 gr poniesioną przez zamawiającego w związku z dojazdem na rozprawę.

Izba, stosunkowo do wyniku postępowania odwoławczego (tj. stosunku liczby zarzutów uwzględnionych do oddalonych), obciążyła strony kosztami i w sprawie KIO 3687/24 kosztami postępowania obciążyła odwołującego w części 1/3 oraz zamawiającego w części 2/3 (zarzuty nr 1 i 3 uwzględnione, zaś zarzut 4 oddalony).

Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 14 418 zł, stanowiącą należną odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..

Członkowie: ……..

……...