Sygn. akt: KIO 2684/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Członkowie: Katarzyna Paprocka

Aleksandra Patyk

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2024 r. przez wykonawcę Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin (Chińska Republika Ludowa)w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowiew imieniu Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie

Uczestnik po stronie Odwołującego –wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) i 2. PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu (Republika Austrii),

Uczestnik po stronie Zamawiającego –wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Gülermak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), 2. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,3. Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş z siedzibą w Ankarze (Turcja)

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów numer 1 oraz 7 wskazanych w *petitum* odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin (Chińska Republika Ludowa) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin (Chińska Republika Ludowa) na rzecz Zamawiającego: Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego w związku z wynagrodzeniem 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:……..

Członkowie: ……..

……

Sygn. akt: KIO 2684/24

UZASADNIENIE

Zamawiający - Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie w imieniu którego Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, na realizację zadania pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Jawornik - Lutcza dł. ok. 5,25 km”, numer referencyjny postępowania: O.RZ.D-3.2410.5.2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5.07.2022 r. numer: 2022/S 127-360282. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 29 lipca 2024 roku wykonawca Stecol Corporation z siedzibą w Tianjin (Chińska Republika Ludowa) (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w Postępowaniu, a polegających na:

1) badaniu i ocenie ofert;
2) wyborze oferty najkorzystniejszej;
3) zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Gülermak sp. z o.o., Budimex S.A. i Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. (dalej: „Konsorcjum Gülermak";
4) zaniechaniu wezwania do złożenia uzupełnień i wyjaśnień przez Konsorcjum Gülermak.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gülermak w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w dokumencie JEDZ dot. Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. oraz w oświadczeniu o aktualności danych zawartych w JEDZ tego podmiotu w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tj.**:**

1) zatajenie informacji na temat odstąpienia przez Szwedzi Zarząd Transportu od umowy na realizację inwestycji „Göteborg Rail Link - Haga Station (West Link - Lot E04 Haga Station)";
2) zatajenie informacji na temat kar umownych naliczonych Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. w związku z realizacją inwestycji pod nazwą „KG40 Project".

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i art. 111 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gülermak w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu w związku z długotrwałym nienależytym wykonywaniem istotnych zobowiązań wynikających z umowy sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do naliczenia kar umownych oraz odstąpienia od umowy a Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. nie wprowadził żadnej procedury self-cleaningu w tym zakresie;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gülermak w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w wykazie osób poprzez wskazanie do pełnienia funkcji Projektanta Tunelu Pana P.C. podczas, gdy osoba ta nie ma wymaganego w SWZ doświadczenia do objęcia tego stanowiska, gdyż w referencyjnym projekcie nie brała udziału w opracowaniu projektu budowlanego i nie pełniła funkcji Głównego Projektanta lub Projektanta tunelu

a w razie nieuwzględnienia zarzutu w zakresie podania nieprawdziwych informacji w zakresie zarzutu nr 3:

4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób dla stanowiska Projektant Tunelu o osobę spełniającą wymagania Zamawiającego dla tego stanowiska;

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gülermak w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w dokumencie JEDZ dot. Budimex S.A. w związku z przesłankami wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp tj. Budimex S.A. pomimo, że na dzień składania ofert miał naliczoną karę umowną w związku z realizacją projektu „Rewitalizacja przyrodnicza Parku Ludowego w Lublinie" oraz w ramach inwestycji „Budowa ul. Towarowej w Olsztynie" oraz „Budowa Mareckiego Centrum Edukacyjno – Rekreacyjnego" właściwi Zamawiający skorzystali z uprawnień w zakresie rękojmi za wady zataił te informacje i nie podał ich w dokumencie JEDZ;

6. art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że Budimex S.A. prawidłowo wdrożył self-cleaning w zakresie dot. podawania nieprawdziwych informacji podczas, gdy właściwa ocena winna prowadzić do wniosku, że wdrożony self-cleaning nie jest wystarczający do uniknięcia podawania nieprawdziwych informacji w kolejnych postępowaniach, a tym samym nie potwierdza rzetelności wykonawcy;

7. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Gülermak do złożenia wyjaśnień w zakresie zabezpieczenia osuwisk oraz zmiany niwelety.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum Gülermak i wykluczenie tego wykonawcy
- ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia i wyjaśnień Konsorcjum Gülermak.

W toku posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 sierpnia 2024 roku Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu zarzutów: numer 1 i 7 odwołania, dlatego też poniżej zostanie zaprezentowane uzasadnienie wyłącznie zarzutów od 2 do 6 przedstawione w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu numer 2 Odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący wyjaśniał, że jeden z członków Konsorcjum tj. Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. dokonywał kilkukrotnie aktualizacji JEDZ w zakresie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ze złożonych dokumentów wynika, że:

1) w zakresie umowy zawartej w dniu 9 listopada 2018 roku pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa, reprezentowanym przez ZTM Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o., a konsorcjum w składzie: Gülermak sp. z o.o., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. oraz Astaldi S. p. A. zostały naliczone m.in. kary umowne za brak zapłaty/nieterminową płatność na rzecz podwykonawców – w wysokości 649 180,72 PLN;

2) w zakresie umowy zawartej w dniu 15 listopada 2018 roku pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa, reprezentowanym przez ZTM Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o., a konsorcjum w składzie: Gülermak sp. z o.o., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. oraz Astaldi S. p. A. zostały naliczone m.in. kary umowne za brak zapłaty / nieterminową płatność na rzecz podwykonawców – w wysokości 1 630 724, 90 PLN;

3) w zakresie umowy zawartej w dniu 28 września 2018 roku pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa, reprezentowanym przez ZTM Warszawa, w imieniu i na rzecz którego działa Metro Warszawskie sp. z o.o., a konsorcjum w składzie: Gülermak sp. z o.o., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. oraz Astaldi S. p. A. zostały naliczone m.in. kary umowne za brak zapłaty / nieterminową płatność na rzecz podwykonawców – wysokości 5 731 369, 50 PLN;

4) w zakresie umowy dot. „Zaprojektowania i budowy drogi ekspresowej S52 odc. Północna Obwodnica Krakowa węzeł Modlnica – węzeł Kraków Mistrzejowice (bez węzła) zostały naliczone m.in. kary umowne za brak zapłaty na rzecz podwykonawców w wysokości 100.000 PLN;

5) od maja 2024 r. Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. zaprzestał płacić podwykonawcom na kontrakcie KG40 Project, co stanowiło m.in. podstawę odstąpienia od umowy.

Odwołujący odnosząc się do powyższych przypadków podnosił, że płatności na rzecz podwykonawców stanowią jeden z istotniejszych obowiązków wykonawcy w toku realizacji zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na obowiązujące na gruncie ustawy Pzp mechanizmy mające bronić podwykonawców przed brakiem płatności lub nieterminową płatnością wynagrodzenia oraz, że obowiązki te są obwarowane karami umownymi. Zwrócił też uwagę na fakt, że nie wykonanie obowiązku płatności wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy powoduje konieczność dokonania takiej płatności bezpośrednio przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, przedłożone przez Konsorcjum Gülermak informacje jednoznacznie wskazują, że jeden z członków Konsorcjum notorycznie zaniedbuje wykonywanie obowiązku dokonywania płatności na rzecz podwykonawców, a jednocześnie Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. nie poczuwa się do odpowiedzialności w żadnym przypadku swojego nieprawidłowego działania i sugeruje, że wartość naliczonych kar w odniesieniu do wartości zawartych kontraktów jest znikoma, a więc nie stanowi to podstawy wykluczenia.

W ocenie Odwołującego, w przypadku art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w odniesieniu do przesłanki długotrwałego niewykonywania zobowiązań nie ma znaczenia wartość tych zobowiązań, lecz ich istotność, a tej należy upatrywać w regulacjach prawnych, bezpośredniej odpowiedzialności Zamawiającego za długi wykonawcy oraz obwarowaniu karami umownymi.

Odwołujący zauważył, że kwestia wysokości kar mogłaby być uwzględniana przy badaniu przesłanki proporcjonalności, ale w przypadku umów wskazanych w pkt 2 i 3, wysokość kar świadczy, że Wykonawca nie płacił lub płacił nieterminowo i żadne kary umowne nie miały wpływu na jego działania, co oznacza, że w sposób rażący lekceważył swoje zobowiązania.

Ostatnim argumentem na jaki Odwołujący powołał się w ramach powyższego zarzutu było odniesienie się do kontraktu KG40 Project, w stosunku do którego to wykonawca Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. wskazywał, że brak dokonywania płatności spowodowany był brakiem otrzymywania płatności od Zamawiającego. Odwołujący zauważył, że uzależnianie wypłaty należności podwykonawcom od otrzymania należności od Zamawiającego należy uznać za niedopuszczalne i nie znajdujące oparcia w przepisach prawa, a ponadto świadczy to, o tym, że zdolność ekonomiczna i

finansowa wykonawcy nie pozwala mu na prawidłową realizację zobowiązań w zakresie dokonywania płatności w razie wstrzymania bądź dokonania potrąceń jego wynagrodzenia przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, powyższy fakt przemawia za tym, że wykonawca winien zostać wykluczony, a wykluczenie to będzie proporcjonalne.

W odniesieniu do zarzutu numer 3 Odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z postanowieniami pkt 8.2.4.2. lit. c) SWZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, iż dysponuje osobą do pełnienia funkcji Projektanta Tunelu, która posiada doświadczenie przy opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę co najmniej 1 tunelu drogowego o długości min. 500 m wykonywanego metodą górniczą lub tarczową na stanowisku Głównego Projektanta lub Projektanta Tunelu. Przy czym Zamawiający wskazał, że: „Za tunel drogowy Zamawiający uzna obiekt w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 nr 63 poz. 735 ze zm.)".

Odwołujący wyjaśnił, że Konsorcjum Gülermak wskazało na to stanowisko Pana P.C., z doświadczeniem wynikającym z pełnienia funkcji Projektanta tunelu drążonego przy projekcie „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu – budowa tunelu pod Świną".

Zdaniem Odwołującego wskazana osoba nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku.

Odwołujący przedstawiając swoje zastrzeżenia w tym zakresie odwołał się do art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, określającego podstawowe obowiązki projektanta oraz art. 34 ust. 3 tejże ustawy określającego co zawiera projekt budowlany. Dodatkowo Odwołujący powołał się na postanowienia § 4 Rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (akt obowiązujący na dzień realizacji projektu), określającego informacje zawarte w metryce projektu, umieszczanej na rysunkach wchodzących w skład projektu budowlanego (w tym: imię i nazwisko projektanta/projektantów).

Według Odwołującego P.C. nie pełnił funkcji Projektanta w rozumieniu przepisów, ponieważ nie występuje na żadnych metrykach części rysunkowej Projektu Budowlanego z zakresie Projektu Zagospodarowania Terenu. Ponadto, nie pełnił on funkcji Projektanta w rozumieniu przepisów albowiem:
- nie uczestniczył w koordynacji pomiędzy projektantami projektu budowlanego w zakresie inwestycji.
- nie opracował informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia.

Odwołujący wskazał, że Projektantem Tunelu na rzeczonej inwestycji był Pan K.B., natomiast Głównymi Projektantami byli Pan R.K. i T.K.. Tym samym, Pan P.C. nie pełnił wymaganej SWZ funkcji na tej inwestycji.

Dalej Odwołujący podnosił, że Zamawiający precyzyjnie wskazał, jaki obiekt będzie uznawał za tunel w rozumieniu SWZ. Dodał też, że definicję tunelu określa § 3 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie wskazując, że ilekroć w Rozporządzeniu jest mowa o tunelu - rozumie się przez to budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej przez lub pod przeszkodą terenową, a w szczególności: tunel, przejście podziemne. Ponadto, Odwołujący odwołał się również do definicji „obiektu budowlanego" i „budowli", wynikających z art. 3 pkt 1 i 3 ustawy Prawo budowlane.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Pan P.C. opracował jedynie dokumentację w zakresie technologii drążenia, co – zdaniem Odwołującego - w sposób oczywisty oznacza, że nie opracował on projektu budowlanego tunelu, czyli budowli (obiektu budowlanego). Opracowanie samej technologii drążenia nie jest bowiem wystarczającym do uzyskania pozwolenia na użytkowanie Tunelu, co potwierdza, że osoba ta nie spełnia wymaganego warunku.

Natomiast w wykazie osób Konsorcjum Gülermak wskazało, że dysponuje tą osobą bezpośrednio, a zatem posiadało wiedzę, że osoba ta nie spełnia warunków udziału określonych przez Zamawiającego. Powyższe – w opinii Odwołującego - oznacza, że Konsorcjum Gülermak podało nieprawdziwe informacje w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie lub co najmniej, że osoba ta nie spełnia warunku, a w konsekwencji wykonawca winien być wezwany do uzupełnienia wykazu o osobę spełniającą warunek.

W odniesieniu do zarzutu numer 4 Odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący stwierdził, że w przypadku uznania, iż zarzuty dotyczące podania nieprawdziwych informacji są

bezzasadne, to niewątpliwie zachodzi konieczność uzupełnienia wykazu osób o osobę na stanowisko Projektanta Tunelu spełniającą wymagania Zamawiającego. Stąd też koniecznym jest skierowanie wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp o uzupełnienie tych dokumentów.

W odniesieniu do zarzutu numer 5 Odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 30.06.2023 r., wykonawca Budimex S.A. zaktualizował dane zawarte w JEDZ w zakresie podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Mianowicie w pkt III ppkt 2) ww. pisma, Budimex S.A. wskazał na przypadki egzekwowania przez Zamawiających uprawnień z tytułu rękojmi przy inwestycjach:
- „Budowa ul. Towarowej w Olsztynie" oraz „Budowa Mareckiego Centrum Edukacyjno – Rekreacyjnego".

Jednocześnie Odwołujący zauważył, że z treści wyjaśnień wynika, że w zakresie inwestycji „Budowa Mareckiego Centrum Edukacyjno – Rekreacyjnego", do nienależytego wykonania umowy doszło najprawdopodobniej przed terminem upływu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, tym samym, Budimex S.A. w JEDZ składanym wraz z ofertą zataiło informacje niezbędne do oceny podstaw do wykluczenia.

Podobnie – w jego ocenie - rzecz się ma w odniesieniu do inwestycji „Budowa ul. Towarowej w Olsztynie", gdzie również do nienależytego wykonania umowy doszło przed upływem terminu do składania ofert.

Następnie Odwołujący podał, że dodatkowo w uzupełnieniu JEDZ, Budimex S.A. wskazał na kary umowne naliczone w związku z realizacją inwestycji: „Rewitalizacja przyrodnicza Parku Ludowego w Lublinie" oraz, że również w tym przypadku, inwestycja ta zakończyła się przed upływem terminu składania ofert, a zatem informacja o karach winna znaleźć się już w pierwotnym dokumencie JEDZ.

Odwołujący podkreślił, iż jak już wynika z pierwotnej treści zawartej w JEDZ złożonym wraz z ofertą, Budimex S.A. miał pełną świadomość konieczności podawania wszelkich informacji pozwalających na ocenę podstaw wykluczenia, w szczególności, że spółka została wykluczona właśnie z tych powodów (brak informacji) z wcześniej prowadzonych postępowań przez GDDKiA.

Zdaniem Odwołującego, Budimex S.A. zatajając dane na temat tych dwóch inwestycji, działał w sposób zamierzony lub co najmniej z rażącym niedbalstwem, tym bardziej, że w JEDZ złożonym wraz z ofertą wskazał na wdrożoną procedurę self-cleaningu, który albo jest niewystarczający, gdyż ponownie doszło do podania nieprawdziwych informacji, albo nie został wdrożony. Stwierdził też, że procedura self-cleaning nie pozwala na uniknięcie identycznych sytuacji, tj. podawania nieprawdziwych informacji z zakresu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w kolejnych postępowaniach.

W odniesieniu do zarzutu numer 6 Odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący w pierwszej kolejności, wskazując na wcześniej opisane przez niego zarzuty, stwierdził, że potwierdzają one, iż procedura self-cleaningu wykonawcy Budimex S.A. w zakresie wyeliminowania podawania nieprawdziwych informacji w postępowaniach w zakresie dotyczącym przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest całkowicie nieskuteczna i niewystarczająca do wykazania, że Budimex S.A. jest rzetelnym wykonawcą.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca Budimex S.A. ma pełną świadomość istotności informacji przekazywanych Zamawiającemu w zakresie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz konsekwencji wynikających z uchybień w tym zakresie.

Odwołujący odwołał się do treści JEDZ złożonego wraz z ofertą, gdzie wykonawca ten m.in. przyznał, iż: „popełnił błąd nie ujawniając w JEDZ nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów i dokonując samodzielnej oceny, czy owe nieprawidłowości objęte są przesłankami do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. (…)".

Odwołujący przywołał również fragment dalszej części self-cleaningu Budimex S.A., gdzie wykonawca ten wskazał na podjęcie określonych rozwiązań organizacyjnych i kadrowych, które mają zapobiec podawaniu nieprawdziwych informacji.

Zdaniem Odwołującego, z opisu stanu faktycznego wynika, że albo wdrożone procedury nie pozwalają na zidentyfikowanie wszystkich przypadków podlegających ujawnieniu w JEDZ, albo procedura nie jest faktycznie realizowana w strukturze. Natomiast efekt jest taki sam, tzn. w dalszym ciągu wykonawca podaje nieprawdziwe informacje w dokumencie JEDZ w zakresie nieprawidłowości przy realizacji wcześniejszych umów, a tym samym brak jest podstaw do uznania prawidłowości procedury self-cleaningu oraz rzetelności wykonawcy.

Odwołujący zauważył, że analogicznie jest również w przypadku procedury self-cleaning Budimex S.A. w zakresie podawania nieprawdziwych informacji w związku z weryfikacją innych oświadczeń i dokumentów składanych w

toku postępowania.

Odwołujący wskazał, że w aktualizacji JEDZ z dnia 25.04.2023 r. w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, Budimex S.A. wskazał na zdarzenie związane z wykluczeniem z udziału w postępowaniu prowadzonym przez czeskiego Zamawiającego w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia jednego z członków personelu.

Odwołujący wyjaśnił przy tym, że w ramach złożonych dokumentów, Budimex S.A. złożył m.in.: „Zalecenia w zakresie weryfikacji informacji składanych przez Budimex S.A. w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego". Zgodnie z postanowieniami § 1 Zaleceń, nakazano weryfikację pod kątem zgodności ze stanem rzeczywistym każdego oświadczenia składanego w imieniu spółki, również w odniesieniu do osób/podmiotów współpracujących. W Zaleceniach wskazano metody weryfikacji w tym m.in. w oparciu o dokumenty źródłowe i postanowiono, że oświadczenie może być złożone tylko w sytuacji, gdy weryfikacja potwierdzi rzeczywisty stan rzeczy.

Odwołujący podkreślił, że również te rozwiązania są nieskuteczne, niezależnie od tego czy uznać, że procedura jest niewystarczająca czy też, że nie jest stosowana. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń wskazał, że Konsorcjum Gülermak podało w toku przedmiotowego postępowania co najmniej dwie nieprawdziwe informacje tj.:

i)w zakresie doświadczenia Pana P.C. oraz

ii)w zakresie braku wskazania zerwania przez Zamawiającego jednego z kontraktów realizowanych przez Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że w aktualizacji JEDZ z dnia 14.05.2024 r. podano, iż oferta wykonawcy została po raz kolejny odrzucona w postępowaniu z powodu podania nieprawdziwych informacji. Zdaniem Odwołującego, nie ma przy tym znaczenia, że podstawą odrzucenia nie był art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że informacje te dotyczyły postępowania prowadzonego przez Port Lotniczy Wrocław S.A. pn.: "Budowa i przebudowa płaszczyzn lotniskowych w Porcie Lotniczym we Wrocławiu", w którym Budimex S.A. przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Kierownika ds. elektrycznych. Osoba wskazana na to stanowisko stanowiła zasób udostępniony przez Heli Factor Sp. z o.o. Informacje nieprawdziwe pochodziły od podmiotu zewnętrznego i nie zostały należycie zweryfikowane przez Budimex S.A.

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt: KIO 1272/24, w którym stwierdzono, że oferta Budimex S.A. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako, że została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji polegających na podaniu nieprawdziwych informacji w celu przysporzenia korzyści majątkowej wbrew prawu i dobrym obyczajom.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że w aktualizacji JEDZ z dnia 14.05.2024 r., Budimex S.A. nie podał żadnej informacji umożliwiającej identyfikację postępowania, w którym jego oferta została odrzucona, stąd brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że Budimex S.A. w jakikolwiek sposób wyjaśnił stan faktyczny sprawy.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że wskazane powyżej okoliczności jednoznacznie dowodzą, że procedura self-cleaningu Budimex S.A. funkcjonuje jedynie „na papierze" i wykonawca nie podejmuje działań wskazanych w Zaleceniach lub procedurę jako taką należy uznać za nieskuteczną, skoro co najmniej kilkukrotnie, ponownie doszło do podania nieprawdziwych informacji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zamawiający w punkcie 6.1. Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW) wskazał, że przedmiotem zamówienia jest: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Jawornik - Lutcza dł. ok. 5,25 km".

W ramach zamówienia należy zaprojektować i wybudować:
• drogę ekspresową o przekroju dwujezdniowym dł. ok. 5,25 km: Miejsce Obsługi Podróżnych MOP II Jawornik str. prawa, (to znaczy MOP I z rezerwą terenu pod kategorię MOP II);
• Dwunawowy Tunel drogowy T-2;
• budynki techniczne przy tunelu wraz z wyposażeniem;
• drogowe obiekty inżynierskie;
• przebudowę istniejących dróg w zakresie kolizji z trasą S19;
• dodatkowe jezdnie obsługujące teren przyległy;
• utwardzenie terenu na potrzeby utrzymania;
• drogi techniczne;
• infrastrukturę dla pieszych i rowerzystów;

• urządzenia ochrony środowiska w tym przejścia dla zwierząt;
• ekrany akustyczne, przeciwolśnieniowe i przeciwwietrzne;
• infrastrukturę dla potrzeb obiektów zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej w tym: sieci energetyczne zasilające i oświetleniowe, kanalizację deszczową wraz z urządzeniami podczyszczającymi, przepompownie wody i ścieków, kanały technologiczne i inne;
• przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury podziemnej i nadziemnej – wyburzenia budynków i budowli;
• oznakowanie drogi i urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego;
• system zarządzania ruchem na drodze i tunelu;
• kanały technologiczne;
• nasadzenia zieleni;
• budowę lub przebudowę zjazdów do działek;
• zabezpieczenie osuwisk i terenów predysponowanych osuwiskowo;
• inne prace o charakterze przygotowawczym, pomocniczym i porządkującym.

W punkcie 8.7.4.2. lit. c) IDW Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący osoby proponowanej do pełnienia funkcji Projektanta Tunelu:

wymagana liczba osób: 1 Doświadczenie zawodowe:

Doświadczenie przy opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę co najmniej 1 tunelu drogowego o długości min. 500 m wykonywanego metodą górniczą lub tarczową na stanowisku/stanowiskach: Głównego Projektanta lub Projektanta Tunelu.

I jednocześnie sprecyzował, że: za tunel drogowy Zamawiający uzna obiekt w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz.U. z 2000 nr 63 poz. 735 ze zm.).

W punkcie 10.8. lit. d) IDW Zamawiający wskazał, że: W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu Wykonawca składa:
d) wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

W punkcie 9.2. IDW Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia Wykonawcy wskazując, iż:
9.2.Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę: (…)
5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;
(…)
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 umowę 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 niepodległa 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.

Jednocześnie w punktach 9.5. i 9.6. IDW Zamawiający wskazał, że:
9.5. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp lub na podstawie okoliczności wymienionych w pkt 9.2. ppkt 2) – 5) i 7) – 10) IDW, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:
1) naprawił lub zobowiązał się do naprawiania szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania lub Zamawiającym;
3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie Wykonawcy,
b) zreorganizował personel,
c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył strukturyaudytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

9.6. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w pkt 9.5. IDW, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy. Zamawiający wyklucza Wykonawcę jeśli podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w pkt 9.5. IDW, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Następnie, Izba ustaliła, że nie były sporne okoliczności przedstawione przez Odwołującego w ramach opisanego przez niego stanu faktycznego, a wynikające bezpośrednio z dokumentów i oświadczeń złożonych w Postępowaniu przez Uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Gülermak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), 2. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,3. Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş z siedzibą w Ankarze (Turcja) (dalej jako: Konsorcjum Gülermak). W szczególności dotyczy to kwestii kilkukrotnej aktualizacji JEDZ w zakresie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp dokonanej przez członka Konsorcjum Gülermak – wykonawcę Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. (dalej jako: „Gülermak") oraz przez wykonawcę Budimex S.A. (dalej jako „Budimex"). Okoliczności te zostały przytoczone powyżej w ramach prezentacji stanowiska Odwołującego, dlatego też Izba odstępuje w tym miejscu od przedstawiania ustaleń faktycznych w tym zakresie.

W dniu 19 lipca 2024 roku Zamawiający poinformował Wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez Konsorcjum Gülermak.

Czynność tą zakwestionował Odwołujący wniesionym przez siebie odwołaniem w dniu 29 lipca 2024 roku.

W dniu 2 sierpnia 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum) i 2. PORR Bau GmbH z siedzibą w Wiedniu (Republika Austrii), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Także w dniu 2 sierpnia 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Gülermak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), 2. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,3. Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş z siedzibą w Ankarze (Turcja), (dalej jako: Konsorcjum Gülermak), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego ww. Wykonawców spełniają wymagania określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp .

W dniu 19 sierpnia 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Także w dniu 19 sierpnia 2024 roku Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. Gülermak Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum), 2. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,3. Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş z siedzibą w Ankarze (Turcja), złożył stanowisko pisemne w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów oznaczonych numerami 1 i 7 *petitum* odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołaniei uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody i stanowiska Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Wobec wycofania przez Odwołującego zarzutów numer 1 i 7 *petitum* odwołania postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone w oparciu o przepis art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, co znalazło swoje odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji niniejszego orzeczenia. Zgodnie bowiem z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a stosownie do treści art. 520 ust. 2 Pzp cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Natomiast zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutów, które zostały podtrzymane przez Odwołującego, z następujących względów.

I.

Odnośnie zarzutu numer 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i art. 111 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gülermak w sytuacji, gdy Wykonawca ten podlega wykluczeniu w związku z długotrwałym nienależytym wykonywaniem istotnych zobowiązań wynikających z umowy sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do naliczenia kar umownych oraz odstąpienia od umowy a Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. nie wprowadził żadnej procedury self-cleaningu w tym zakresie – zarzut Izba uznała za bezzasadny.

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 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.

Zgodnie zaś z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Powołany powyżej przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, stanowiący podstawę prawną podniesionego zarzutu stanowi, że wykluczenie wykonawcy może jedynie nastąpić w ściśle określonych przypadkach, a mianowicie może to nastąpić:
- wobec wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie;
- w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał/ albo długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązania wynikającego z umowy;
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie ma dotyczyć „istotnego" zobowiązania z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,
- musi też wystąpić skutek takiego działania w postaci: wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Tytułem wstępnych uwag, zauważyć należy, że wszystkie przesłanki wskazane w dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp muszą być spełnione łącznie, aby Zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę w oparciu o powołany przepis.

Dalej podkreślić należy, że przepisy przewidujące sankcje w postaci czy to odrzucenia oferty, czy wykluczenia wykonawcy z postępowania należy interpretować w sposób ścisły.

Faktem jest, że wykonawca Gülermak Ağir dokonał kilkukrotnie aktualizacji dokumentu JEDZ w Części III Podstawy wykluczenia w Sekcji C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, gdzie 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?" Wykonawca zaznaczył odpowiedź „TAK", a jednocześnie poinformował,

że nie zachodzą wobec niego podstawy do zastosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zaś odpowiedź „TAK" jest konsekwencją brzmienia sformułowanego pytania, które w swojej treści abstrahuje od tej przesłanki wykluczenia. Jednocześnie z daleko idącej ostrożności w załączniku do JEDZ wykonawca ten przedstawił informację o umowach, w ramach których zostały naliczone kary umowne oraz dodatkowe uzasadnienie odnoszące się do kwestii braku ziszczenia się przesłanek do wykluczenia go z Postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał ziszczenia się przesłanek wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Jak już wcześniej zostało wspomniane, przesłanki opisane w tym przepisie muszą być spełnione łącznie, aby mówić o ziszczeniu się podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o ten przepis.

Tymczasem Odwołujący w żaden sposób tego nie wykazał, a nawet nie podjął rzeczowej argumentacji w tym zakresie w odwołaniu. Jedyne okoliczności jakie Odwołujący przedstawił w ramach uzasadnienia podnoszonego zarzutu to to, że przedłożone przez Konsorcjum Gülermak informacje jednoznacznie wskazują, że jeden z członków Konsorcjum notorycznie zaniedbuje wykonywanie obowiązku dokonywania płatności na rzecz podwykonawców oraz, że płatności na rzecz podwykonawców stanowią jeden z istotniejszych obowiązków wykonawcy w toku realizacji zamówienia. Jednocześnie istotności naruszenia Odwołujący upatrywał w regulacjach prawnych dotyczących bezpośredniej odpowiedzialności Zamawiającego za długi wykonawcy oraz obwarowaniu tych przypadków karami umownymi. Odwołujący z samego faktu, że na wykonawcę zostały nałożone kilkukrotnie kary umowne z tytułu braku płatności lub nieterminową zapłatę na rzecz podwykonawców wywodzi, że wykonawca Gülermak Ağir podlega wykluczeniu w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący przy tym nawet nie pochyla się nad kwestią przyczyn zaistnienia takiego stanu rzeczy, a przecież w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu, wykonawca ten wskazywał choćby w odniesieniu do kar umownych naliczonych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, że kary zostały naliczone za działania wykonawców względem dalszych podwykonawców, a nie samego wykonawcy. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do tych kwestii. Odwołujący nie odniósł się również do skali tych naruszeń.

Odwołujący nie odniósł się do kwestii charakteru nałożonych kar umownych, czy miały one charakter odszkodowawczy czy też nie. Nie wykazał, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy miało miejsce z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy. Ponadto, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że nałożone kary umowne są skutkiem długotrwałego niewykonywania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu lub w zakresie istotnych zobowiązań określonych kontraktem. Brak w tym zakresie rzeczowej i przekonującej argumentacji.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że Konsorcjum Gülermak podlega wykluczeniu w związku z długotrwałym nienależytym wykonywaniem istotnych zobowiązań wynikających z umowy sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do naliczenia kar umownych oraz odstąpienia od umowy. Tym samym nie było podstaw też do tego, aby wykonawca Gülermak Ağır był zobowiązany do wprowadzenia procedury self-cleaningu w tym zakresie.

Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

II.

Odnośnie zarzutu nr 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gülermak w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w wykazie osób poprzez wskazanie do pełnienia funkcji Projektanta Tunelu Pana P.C. podczas, gdy osoba ta nie ma wymaganego w SWZ doświadczenia do objęcia tego stanowiska, gdyż w referencyjnym projekcie nie brała udziału w opracowaniu projektu budowlanego i nie pełniła funkcji Głównego Projektanta lub Projektanta tunelu - zarzut jest bezzasadny.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp stanowi, że: 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. 109 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na

podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający przewidział w ogłoszeniu i zamówieniu oraz w dokumentach zamówienia fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Spór dotyczył kwestii oceny doświadczenia osoby dedykowanej przez Konsorcjum Gülermak do pełnienia funkcji Projektanta Tunelu – Pana Paolo Cuciono oraz tego, czy w tym zakresie Konsorcjum przedstawiło nieprawdziwe / wprowadzające w błąd informacje.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu odnoszącym się do osoby dedykowanej do pełnienia funkcji Projektanta Tunelu wymagał, aby osoba ta legitymowała się doświadczeniem przy opracowaniu dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego na budowę 1 tunelu drogowego o długości min. 500 m wykonywanego metodą górniczą lub tarczową na stanowisku Głównego Projektanta lub Projektanta Tunelu.

Sporny pomiędzy Stronami był już sam sposób interpretacji przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Izba w tym zakresie uznała (podobnie zresztą jak Uczestnik postepowania odwoławczego po stronie Zamawiającego), że Zamawiający oczekiwał doświadczenia:

1)przy opracowaniu dokumentacji projektowej
2)w skład której wchodziłby projekt budowlany na budowę co najmniej 1 tunelu drogowego o długości min. 500 m wykonywanego metodą górniczą lub tarczową
3)na stanowisku/stanowiskach: Głównego Projektanta lub Projektanta Tunelu.

Konsorcjum Gülermak jako osobę proponowaną do pełnienia funkcji Projektanta Tunelu wskazało Pana P.C., który uzyskał doświadczenie w ramach zadania: „Usprawnienie połączenia komunikacyjnego pomiędzy wyspami Uznam i Wolin w Świnoujściu – budowa tunelu pod Świną".

Odwołujący twierdził, że Pan P.C. nie pełnił funkcji Projektanta w rozumieniu przepisów, ponieważ:
- nie występuje na żadnych metrykach części rysunkowej Projektu Budowlanego z zakresie Projektu Zagospodarowania Terenu;
- nie uczestniczył w koordynacji pomiędzy projektantami projektu budowlanego w zakresie inwestycji;
- nie opracował informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia.

Jednocześnie Odwołujący wyjaśniał, że Projektantem Tunelu na rzeczonej inwestycji był Pan K.B. natomiast Głównymi Projektantami byli Pan R.K. i T.K.. Tym samym, Pan P.C. nie pełnił wymaganej SWZ funkcji na tej inwestycji.

Izba ustaliła, że z dokumentacji projektowej referencyjnej inwestycji dotyczącej Tunelu w Świnoujściu, a także z innych dokumentów i wyjaśnień złożonych w postępowaniu wynika, że Pan P.C. pełnił funkcję Projektanta Tunelu przy opracowaniu dokumentacji projektowej, w skład której wchodziłby projekt budowlany na budowę co najmniej 1 tunelu drogowego o długości min. 500 m wykonywanego metodą górniczą lub tarczową w ramach ww. Inwestycji, spełniając tym samym wymagania Zamawiającego.

Po pierwsze okoliczność, że Pan P.C. nie występuje na żadnych metrykach części rysunkowej Projektu Budowlanego w zakresie Projektu Zagospodarowania Terenu, nie oznacza, że nie pełnił funkcji Projektanta Tunelu przy opracowaniu dokumentacji projektowej. Pan P.C. występuje bowiem na innych metrykach części rysunkowej Projektu Budowlanego przedmiotowej Inwestycji jako Projektant. Przy tym na niektórych metrykach widnieje jako jedyny projektant tunelu. Został też wymieniony w zespole autorskim jako „Projektant". Zatem powyższy argument, nie przeczy temu, że został spełniony warunek udziału w postępowaniu (odnoszący się do doświadczenia przy opracowaniu dokumentacji projektowej w skład której wchodziłby projekt budowlany na budowę co najmniej 1 tunelu drogowego na stanowisku Projektanta Tunelu). Jak słusznie podnosił Zamawiający, skala i stopień skomplikowania referencyjnej Inwestycji był olbrzymi i nie może dziwić fakt, że za opracowanie dokumentacji projektowej był odpowiedzialny nie jeden projektant, ale cały zespół.

Zdaniem Izby, to, że pojawia się również w odniesieniu do niego określenie: „Projektanta Tunelu Drążonego", nie przeczy temu, że Pan P.C. pełnił funkcję Projektanta Tunelu lub, że opracował projekt budowlany tunelu drogowego rozumianego jako jeden obiekt budowlany. Innymi słowy, zestawienie brzmienia warunku z dokumentacją postępowania potwierdza, że osoba ta legitymuje się wymaganym doświadczeniem.

Ponadto, Uczestnik postępowania – Konsorcjum Gülermak wskazywał również, że Pan P.C. zatwierdzał zmiany do projektu budowlanego w zakresie tunelu (sporządzał dokumentację powykonawczą), co wiąże się też ze sprawowaniem nadzoru autorskiego, a co dodatkowo potwierdza, że był Projektantem Tunelu.

Zwrócić również należy uwagę na sprzeczność w stanowisku Odwołującego, który wywodził, że opis warunku

udziału w postępowaniu wskazuje na konieczność legitymowania się doświadczeniem na stanowisku Projektanta Tunelu/ Głównego Projektanta przy opracowaniu projektu budowlanego na budowę co najmniej jednego tunelu drogowego rozumianego jako jeden obiekt budowlany (budowla), a zatem osoba, która była odpowiedzialna jedynie za opracowanie projektu jedynie w pewnym zakresie (tunel drążony wykonany metodą TBM na odcinku 0+848,51-2+332,29) nie posiada wymaganego doświadczenia, w sytuacji, gdy Pan K.B., który w ocenie Odwołującego spełniałby warunek udziału w postępowaniu, także nie opracował całości projektu budowlanego tunelu w Świnoujściu (nie widnieje na wszystkich metrykach Projektu Budowlanego, nie opracował Projektu tunelu drążonego wykonywanego metodą TBM).

Odnośnie braku uczestnictwa w koordynacji pomiędzy projektantami projektu budowlanego w zakresie inwestycji oraz opracowania informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia należy zauważyć ponownie, że w ramach powoływanej Inwestycji zaangażowany był zespół projektantów, w tym dwaj Główni Projektanci. Brak realizacji ww. obowiązków wynikających z art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane nie oznacza, że Pan P.C. nie pełnił funkcji Projektanta Tunelu w rozumieniu warunku sformułowanego w SWZ. Jednocześnie Odwołujący nie zakwestionował twierdzeń Uczestnika Postępowania Odwoławczego po stronie Zamawiającego, że przepis art. 20 ust. 1 Prawa budowlanego odnosi się do obowiązków Głównego Projektanta.

Dalej zauważyć należy, że Odwołujący nie wykazał, aby kumulatywnie ziściły się przesłanki wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 8, czy też w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie.

Z tych też względów Izba oddaliła zarzut.

III.

Odnośnie zarzutu nr 4 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób dla stanowiska Projektant Tunelu o osobę spełniającą wymagania Zamawiającego dla tego stanowiska - zarzut jest bezzasadny.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

W konsekwencji ustaleń i wniosków wskazanych w punkcie II powyżej, Izba oddaliła ww. zarzut uznając, że brak jest konieczności uzupełnienia wykazu osób o osobę na stanowisko Projektanta Tunelu spełniającą wymagania Zamawiającego. Osoba dedykowana przez Konsorcjum Gülermak na stanowisko Projektanta Tunelu posiada wymagane doświadczenie.

IV.

Odnośnie zarzutu numer 5 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Gülermak w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu w związku z podaniem nieprawdziwych informacji w dokumencie JEDZ dot. Budimex S.A. w związku z przesłankami wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, pomimo, że na dzień składania ofert Budimex S.A. miał naliczoną karę umowną w związku z realizacją projektu „Rewitalizacja przyrodnicza Parku Ludowego w Lublinie" oraz w ramach inwestycji „Budowa ul. Towarowej w Olsztynie" oraz „Budowa Mareckiego Centrum Edukacyjno – Rekreacyjnego", zaś właściwi Zamawiający skorzystali z uprawnień w zakresie rękojmi za wady, które to informacje wykonawca ten zataił i nie podał ich w dokumencie JEDZ - zarzut bezzasadny.

Aktualne pozostają uwagi ogólne poczynione w niniejszym uzasadnieniu w punktach I i II powyżej, w tym odnośnie tego, że wszystkie przesłanki wskazane w dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp muszą być spełnione łącznie, aby Zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę w oparciu o powołany przepis oraz, że to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodowy w tym zakresie. Aktualna pozostaje także uwaga, że przepisy przewidujące sankcje w postaci czy to odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania należy interpretować w sposób ścisły.

Ponownie stwierdzić należy, że także w przypadku tego zarzutu Odwołujący nie wykazał, aby ziściły się przesłanki opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Odwołujący jako okoliczność faktyczną uzasadniającą przedmiotowy zarzut wskazywał, że wykonawca Budimex S.A. – członek Konsorcjum Gülermak zataił informacje dotyczące inwestycji Budowa ul. Towarowej w Olsztynie" oraz „Budowa Mareckiego Centrum Edukacyjno – Rekreacyjnego", nie podając ich w JEDZ złożonym wraz z ofertą, gdzie do nienależytego wykonania umowy doszło przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący wskazał również

na kary umowne naliczone w związku z realizacją inwestycji „Rewitalizacja przyrodnicza Parku Ludowego w Lublinie". Zdaniem Odwołującego, zatajając dane na temat tych inwestycji, Budimex S.A. działał w sposób zamierzony lub co najmniej z rażącym niedbalstwem, tym bardziej, że w JEDZ złożonym wraz z ofertą wskazał na wdrożoną procedurę selfcleaningu, który albo jest niewystarczający, gdyż ponownie doszło do podania nieprawdziwych informacji albo nie został wdrożony.

Przede wszystkim należy zauważyć, że wykonawca Budimex S.A. w drodze aktualizacji dokumentu JEDZ przekazał informacje o przedmiotowych kontraktach i nałożeniu na niego z tego tytułu kar umownych.

Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że działanie wykonawcy Budimex S.A. w tym zakresie nosiłoby znamiona:
- zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp)
czy też
- lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawieniu informacje wprowadzających w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp).

Izba stwierdziła, że brak jakiejkolwiek rzeczowej argumentacji odnoszącej się do przesłanek wykluczenia wykonawcy w oparciu o powołane powyżej przepisy. Odwołujący buduje swój zarzut wyłącznie na tym, że wykonawca nie wraz z ofertą, lecz w toku postępowania o udzielenie zamówienia przedstawia informacje związane z realizacją powołanych kontraktów. Odwołujący pomija też fakt, że wykonawca przedstawił te informacje z własnej inicjatywy, a nie na skutek np. wezwania ze strony Zamawiającego. Brak tutaj jakiekolwiek konkretyzacji zarzutów ze strony Odwołującego. Brak odniesienia do skutków jakie wiążą się z przedstawieniem określonych informacji. Ponadto, Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wyjaśnił, że informacje o rzeczonych kontraktach zostały przekazane niezwłocznie po zidentyfikowaniu problemów, a Odwołujący nie wykazał, żeby było inaczej.

Reasumując, Izba stwierdziła, że ww. zarzut należało oddalić.

V.

Odnośnie zarzutu nr 6 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że Budimex S.A. prawidłowo wdrożył self-cleaning w zakresie dot. podawania nieprawdziwych informacji podczas, gdy właściwa ocena winna prowadzić do wniosku, że wdrożony self-cleaning nie jest wystarczający do uniknięcia podawania nieprawdziwych informacji w kolejnych postępowaniach, a tym samym nie potwierdza rzetelności wykonawcy - zarzut bezzasadny.

Zgodnie z art. 110:
1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.
2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:
1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
b) zreorganizował personel,
c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.
3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez

wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę. 2.

Także w tym przypadku Izba oddaliła zarzut Odwołującego uznając, że nie sprostał on ciężarowi dowodu jaki na nim spoczywał w kwestii wykazania braku skuteczności działań w ramach self-cleaningu wdrożonego przez wykonawcę Budimex S.A.

Odwołujący podnosił, że procedura self-cleaningu Budimex w zakresie wyeliminowania podawania nieprawdziwych informacji w postępowaniach w zakresie dotyczącym przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest całkowicie nieskuteczna i niewystarczająca do wykazania, że Budimex S.A. jest rzetelnym wykonawcą.

W szczególności Odwołujący nie wykazał, że wdrożone przez wykonawcę Budimex rozwiązania organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec podawaniu nieprawdziwych informacji nie są odpowiednie w celu zapobieżenia takiemu postępowaniu. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób swoich twierdzeń, w tym, że wdrożone procedury nie pozwalają na zidentyfikowanie wszystkich przypadków podlegających ujawnieniu w JEDZ albo procedura nie jest faktycznie realizowana w strukturze.

Celem potwierdzenia wywodzonych przez siebie tez Odwołujący powołał się na przykłady postępowań, w których doszło do podania nieprawdziwych informacji, pomimo uprzednio wdrożonej procedury self-cleaningu.

W tym miejscu należy zauważyć, że chociażby powoływany przez Odwołującego przypadek podania nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia Pana P.C. w tym postępowaniu nie potwierdził się. Jak już wskazano powyżej, Izba stwierdziła, że zarzut w tym zakresie jest bezzasadny.

Z kolei rzekome podanie nieprawdziwych informacji w niniejszym postępowaniu w zakresie braku wskazania zerwania przez Zamawiającego jednego z kontraktów realizowanych przez Gülermak Ağır, nie potwierdziło się z tegoż względu, że sam Odwołujący zrezygnował z podtrzymywania zarzutu w tym zakresie i go wycofał. Zatem, także w tym zakresie nie sposób mówić o udowodnieniu faktu przekazania nieprawdziwych informacji (zatajenia informacji).

Odnośnie postępowania prowadzonego przez Port Lotniczy Wrocław S.A. pn. "Budowa i przebudowa płaszczyzn lotniskowych w Porcie Lotniczym we Wrocławiu" to zważyć należy, że Odwołujący powołał się na ustalenia zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sprawie KIO 1272/24, który następnie został zaskarżony. Jednocześnie podkreślić należy, że wykonawca poinformował Zamawiającego o sytuacji związanej z ww. kontraktem w związku z wydanym orzeczeniem przez Izbę.

Przy czym sam Odwołujący zauważył, że oferta wykonawcy nie została odrzucona na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp (przesłanki wykluczenia), tylko na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji polegających na podaniu nieprawdziwych informacji w celu przysporzenia korzyści majątkowej wbrew prawu i dobrym obyczajom.

Reasumując, Izba zauważa, że okoliczności powoływane przez Odwołującego w ramach przedmiotowego zarzutu w żaden sposób nie potwierdzają braku skuteczność self-cleaningu wdrożonego u wykonawcy Budimex S.A.

Podkreślić też należy za Zamawiającym, iż zarzut naruszenia art. 110 ust. 2 ustawy Pzp nie może być podstawą żądania wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeśli nie zachodzi obowiązek samooczyszczenia, a ten jest powiązany z przesłankami wykluczenia z postępowania.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że zarzut podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 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). Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego. Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł, tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..

Członkowie: ……..

……...