

WYROK

Warszawa, dnia 30 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski
Beata Pakulska-Banach
Katarzyna Paprocka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Lotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie

orzeka:

1) zarzuca postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 wobec jego wycofania,
2) w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3) kosztami postępowania obciąża wykonawcę Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie i:
4) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie tytułem wpisu od odwołania,
5) zasądza od wykonawcy Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie na rzecz zamawiającego Lotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia 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.

Przewodniczący:.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Lotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa budynku Krajowego Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu na części działki nr ew. 7/10 z obrębu 6-10-01, położonej przy ul. Księżycowej 5 w dzielnicy Bemowo m.st. Warszawy” (znak postępowania: ZP/5/X/2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 października 2023 r. pod numerem: 2023/S 196-613036.

W dniu 9 sierpnia 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy – Konsorcjum firm: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz NDI Sopot S.A. z siedzibą w Sopocie (dalej jako: „Konsorcjum NDI”) z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum NDI oraz na wyborze tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI, podczas gdy w stosunku do Konsorcjum NDI ziściły się określone w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp przesłanki wykluczenia (wskazane w uzasadnieniu odwołania), a Konsorcjum NDI nie skorzystało z możliwości przeprowadzenia procedury oczyszczenia, określonej w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, wraz ze złożeniem oferty, ani w odpowiedzi na wskazanie takiej możliwości w wezwaniu Zamawiającego z 9 lipca 2024 r., a jedynie złożyło wyjaśnienia mające wykreować u Zamawiającego błędne przeświadczenie, iż wobec Konsorcjum NDI nie zachodzi podstawa wykluczenia, określona w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp;
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty

Konsorcjum NDI, podczas gdy w stosunku do Konsorcjum NDI ziszczyły się określone w art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przesłanki wykluczenia, tj. Konsorcjum NDI w sposób zawiniony poważnie naruszyło obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności Konsorcjum NDI w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał zamówienia na rzecz Tramwajów Śląskich S.A. (dalej jako: „TŚ”) oraz Gminy Miasto Mysłowice (dalej jako: „GMM”) (tj. Umowy na „Modernizację infrastruktury torowo - sieciowej na linii tramwajowej nr 14 w Mysłowicach w ciągu ulic: Bytomska, Starokościelna, Szymanowskiego, Powstańców” – umowa zawarta z Tramwajami Śląskimi S.A. oraz Umowy na „Modernizację linii tramwajowej nr 14 w Mysłowicach w ciągu ulic: Bytomska, Starokościelna, Szymanowskiego, Powstańców wraz z niezbędną infrastrukturą” – umowa zawarta z Gminą Miasto Mysłowice), co Zamawiający był w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów, a tym samym winien był uznać że Konsorcjum NDI podlega wykluczeniu;

3) art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do TŚ oraz GMM o udzielenie informacji lub dokumentów dotyczących okoliczności realizacji, rozwiązania umów zawartych przez Konsorcjum NDI z tymi zamawiającymi oraz naliczenia kar umownych (tj. Umowy na „Modernizację infrastruktury torowo - sieciowej na linii tramwajowej nr 14 w Mysłowicach w ciągu ulic: Bytomska, Starokościelna, Szymanowskiego, Powstańców” – umowa zawarta z TŚ oraz Umowy na „Modernizację linii tramwajowej nr 14 w Mysłowicach w ciągu ulic: Bytomska, Starokościelna, Szymanowskiego, Powstańców wraz z niezbędną infrastrukturą” – umowa zawarta z GMM), co doprowadziło do błędnego uznania, iż Konsorcjum NDI nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp;

4) art. 109 ust. 1 pkt 8) lub pkt 10) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w sytuacji, w której Konsorcjum NDI w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, określony w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. d SWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu; ewentualnie do przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mających wpływ na wynik postępowania a dot. spełniania ww. warunku, doszło w wyniku lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa Konsorcjum NDI, co winno w konsekwencji skutkować uznaniem przez Zamawiającego, że Konsorcjum NDI podlega wykluczeniu z postępowania;

ewentualnie – z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów wymienionych wyżej w pkt. 1) - 4):

5) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do poprawienia lub uzupełnienia wykazu robót budowlanych wobec niewykazania przez Konsorcjum NDI spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. d SWZ, w ramach którego Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania się co najmniej 1 robotą instalacyjną w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, polegającą na wdrożeniu i uruchomieniu instalacji teletechnicznych, złożonych z:

- okablowania światłowodowego, strukturalnego, LAN, i

- systemu zarządzania siecią LAN, i

- urządzeń aktywnych sieci LAN, i

- szaf IT z listwami PDU, wyposażonych w system klimatyzacji precyzyjnej z tzw. bezpośrednim chłodzeniem wnętrza szaf przez wymienniki klimatyzacyjne lub w system klimatyzacji za pomocą oddzielnych szaf lub inny równoważny, instalację sygnalizacji i gaszenia pożaru oraz system monitoringu parametrów środowiskowych, podczas gdy robota budowlana wskazana przez Konsorcjum NDI w poz. 7 wykazu robót budowlanych nie obejmowała swym zakresem wdrożenia i uruchomienia instalacji teletechnicznych złożonych z systemu zarządzania siecią LAN;

6) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 pkt 2) oraz art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „ZNKU”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI, pomimo że złożone w wykazie robót budowlanych (poz. 7) oświadczenie o spełnianiu przez zadanie pn. Doprojektowanie w zakresie projektu wykonawczego i rozbudowa terminalu pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. d SWZ stanowiło rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorcy (na ww. zadaniu nie wdrożono i nie uruchomiono instalacji teletechnicznych złożonych z systemu zarządzania siecią LAN), w tym świadczonych usług oraz było działaniem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami, co narusza interes Zamawiającego oraz Odwołującego;

7) art. 17 ust. 2 i art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum NDI niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz z naruszeniem podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
b. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wykluczenia Konsorcjum NDI z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty;

2) przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania i przedłożonych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;

3) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej w fakturze przedłożonej do akt sprawy na rozprawie oraz opłatą skarbową od pełnomocnictwa.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, wskazanych w petitum odwołania i wynikających z jego uzasadnienia, interes Odwołującego doznał uszczerbku, w związku z czym Odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu Odwołującego możliwości pozyskania zamówienia i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację. W przypadku uznania przez Izbę zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania zamówienia, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Powyższe dowodzi posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 30 lipca 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 9 sierpnia 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonując oceny, iż Konsorcjum NDI nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oparł się jedynie na wyjaśnieniach tegoż Wykonawcy, pomimo że zostały one przedstawione jednostronnie i prezentują subiektywny i niepełny obraz okoliczności prowadzących do odstąpienia od obu umów – najpierw przez obu zamawiających (TŚ i GMM), a następnie przez Konsorcjum NDI. Ze złożonych wyjaśnień wynika, iż w toku wykonywania obu umów, doszło do odstąpienia od umowy przez obu zamawiających z powodu okoliczności leżących po stronie Konsorcjum NDI. Odstąpienia te następnie zostały zakwestionowane przez Konsorcjum NDI oraz Konsorcjum NDI odstąpiło od obu umów z przyczyn leżących po stronie zamawiających. Wobec tego Konsorcjum NDI w złożonych wyjaśnieniach wywodzi, iż skuteczne są odstąpienia od umów złożone przez Konsorcjum NDI i że odstąpienie nie zostało spowodowane okolicznościami leżącymi po stronie wykonawcy, wobec czego nie doszło do spełnienia przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Zamawiający nie może akceptować sytuacji, w której zobowiązanie wykonawcy do podania w tym dokumencie informacji na temat nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania, jest omijane poprzez jednostronne zaprzeczenie wykonawcy, iż do odstąpienia od umowy nie doszło z powodu okoliczności leżących po jego stronie.

W zakresie umowy z TŚ Odwołujący podkreślał, że pomimo zawarcia aneksu przedłużającego termin realizacji robót, Konsorcjum NDI wystąpiło ponownie o przedłużenie terminu w dniu 28 listopada 2022 r. oraz - już po upływie terminu umownego - w dniu 12 grudnia 2024 r. Odwołujący powołując się na treść pisma TŚ z dnia 26 czerwca 2024 r. stanowiącego odpowiedź na wniosek Odwołującego o udzielenie informacji publicznej, wskazał, że wynika z niej, że ocena zachowania Konsorcjum NDI w trakcie realizacji umowy TŚ jest jednoznacznie negatywna, tj. TŚ nie tylko wskazuje na bezzasadność wniosków o wydłużenie terminu realizacji umowy o czas dłuższy niż 134 dni, to dodatkowo podkreśla niski stan zaawansowania robót oraz niedostateczne zaangażowanie i mobilizację zasobów osobowych i sprzętowych, co z pewnością świadczy o braku dochowania należytej staranności i stanowi przyczyny leżące po stronie wykonawcy, w tym wypadku Konsorcjum NDI. Dalej Odwołujący wskazał, że Konsorcjum NDI w załączniku nr 1 do JEDZ odpowiednio dla lidera i partnera Konsorcjum usiłowało wyjaśniać, że to „liczne przeszkody, niezależne od Wykonawcy i leżące po stronie Zamawiającego, które uniemożliwiły Wykonawcy realizację Inwestycji w terminie”. Wśród tych licznych przeszkód wskazał setki kolizji, odmiennych warunków gruntowych. Jak wynika z ww. okoliczności, TŚ wydłużył termin realizacji umowy do dnia 5 grudnia 2022 r. Fakt zawarcia Aneksu, Konsorcjum NDI całkowicie pomija, odnosząc się do

niego dopiero na wyraźne pytanie Zamawiającego z dnia 9.07.2024 r. o zawarte aneksy. Zdaniem Odwołującego, jako najdalej idącą podstawę uprawniającą Konsorcjum NDI do wydłużenia terminu realizacji zdania wskazało: „m.in. brak ważności porozumienia kolizyjnego pomiędzy Zamawiającym (Tramwaje Śląskie S.A.), a właścicielem infrastruktury elektrycznej – gestorem sieci Tauron Dystrybucja. Powyższe uchybienia ze strony Zamawiającego doprowadziły do opóźnienia realizacji Inwestycji o 357 dni.” Jak wyjaśniał Odwołujący, tę okoliczność TŚ ocenił zgola inaczej w piśmie dot. odstąpienia od umowy: „wskazana okoliczność uniemożliwiała wykonywanie umowy wyłącznie przez 56 dni od dnia 17 grudnia 2021 r., kiedy wystąpiła utrata ważności poprzedniego porozumienia do dnia 11 lutego 2022 r. kiedy zaktualizowano nowe porozumienie”. Z powyższego według Odwołującego wynika, że wniosek o wydłużenie terminu realizacji umowy TŚ, aż o 357 dni, złożony przez Konsorcjum NDI, miał na celu zmaksymalizowanie terminu realizacji umowy zapewne po to, aby „kupić” dodatkowy czas na nadrobienie niewystarczającego dotychczasowego zaangażowania i zaawansowania prac. Odwołujący zauważa przy tym, że różnica pomiędzy wnioskowaną zmianą terminu, a akceptowaną przez TŚ w związku z podstawą faktyczną takiej zmiany wynosi aż 301 dni. TŚ jednoznacznie wskazał, w jakim terminie przywrócono ważność porozumienia kolizyjnego. Jest to zdaniem Odwołującego najbardziej jaskrawy przykład, świadczący o tym, że wnioskowana zmiana terminu realizacji umowy TŚ, w przeważającej części nie była uzasadniona. Dodatkowo, na co wskazuje TŚ w powołanym wyżej piśmie z 26.06.2024 r. Konsorcjum NDI pismem z dnia 28 listopada 2022 r. wnioskowało o wydłużenie terminu realizacji umowy do 18 grudnia 2023 r., a następnie drastycznie zmniejszyło czas rzekomo niezawinionego opóźnienia, wnioskując pismem z 12 grudnia o przedłużenie terminu realizacji do 15 września 2023 r. Takie działanie świadczy w ocenie Odwołującego o tym, że wnioski o przedłużenie terminu nie miały oparcia w faktach i składane były w celu ukrycia zawinionego opóźnienia i uniknięcia w przyszłości kar umownych z zwłokę. Zdaniem Odwołującego, całokształt okoliczności wynikających z pisma o odstąpieniu przez TŚ, w zestawieniu z tłumaczeniem Konsorcjum NDI zawartym w załącznikach nr 1 do JEDZ, prowadzi jednoznacznie do wniosku, że odstąpienie od umowy przez Zamawiającego było zasadne i zostało spowodowane przez nienależyte jej wykonywanie przez Konsorcjum NDI. Odwołujący zwrócił też uwagę, że w załącznikach nr 1 do JEDZ członków Konsorcjum NDI lakonicznie odnosi się również do bezskuteczności odstąpienia przez TŚ od umowy, wskazując, że nie zostały spełnione przesłanki prawne i umowne uprawniające do odstąpienia od umowy. Odwołujący argumentował, że w rzeczywistości jednak odstąpienie od umowy zostało przez TŚ złożone prawidłowo, na podstawie art. 635 KC jak i z § 15 ust. 1 lit. c) i d) Umowy TŚ i jest skuteczne. Po pierwsze bowiem w momencie odstąpienia przez zamawiającego TŚ umowa wciąż obowiązywała, wykonawca nie zawiesił prac, a jedynie pozostawał w opóźnieniu z wykonaniem umowy. Ponadto TŚ kompletną wiedzę co do zakresu wnioskowanego przesunięcia terminu realizacji umowy powziął z pism z dnia 28 listopada i 12 grudnia 2022 r., a zatem dochował czteromiesięcznego terminu (o którym mowa w § 15 ust. 7 umowy TŚ) na odstąpienie od umowy od momentu powzięcia informacji o wystąpieniu przesłanek odstąpienia. Oczywistym dla Odwołującego jest, biorąc pod uwagę praktykę rynkową oraz wysokość naliczonej kary umownej, że Konsorcjum NDI kwestionowało zasadność naliczenia kary i odstąpienia od umowy, a następnie, po złożeniu przez TŚ powództwa o zapłatę kar umownych, Konsorcjum NDI złożyło własne powództwo o odszkodowanie za odstąpienie od umowy. Takie działania są powszechną strategią prawną i biznesową każdego wykonawcy, w żadnym wypadku nie mogą one wpływać na ocenę tego, czy w świetle przepisów ustawy Pzp ziściły się przesłanki wykluczenia wykonawcy. Również toczący się pomiędzy stronami umowy o zamówienie publiczne spór sądowy, nie zwalnia Zamawiającego z konieczności dokonania samodzielnej oceny, na podstawie analizy i rozważenia wszystkich okoliczności danej sprawy, czy wystąpiły przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

W zakresie umowy z GMM Odwołujący podnosił, iż przebieg zdarzeń związany z realizacją umowy z GMM był zasadniczo podobny do stanu faktycznego związanego z realizacją umowy z TŚ. Odwołujący wskazał, że GMM na podstawie art. 635 w zw. z 656 § 1 KC oraz na podstawie § 13 ust. 1 pkt 3) i 4) Umowy, złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy z Konsorcjum NDI w dniu 12.01.2023 r. GMM wskazała w tym piśmie, że stopień zaawansowania prac wynosił odpowiednio 30% zaawansowania rzeczowego i 28% zaawansowania finansowego po ponad 19 miesiącach od dnia zawarcia umowy. Odwołujący zwracał uwagę, że GMM szczegółowo wskazuje jakie jej zdaniem okoliczności, spośród okoliczności wskazywanych przez konsorcjum NDI jako uzasadniających wydłużenie terminu realizacji umowy, należy uznać za zasadne - GMM wskazała, że te okoliczności spowodowały opóźnienie łącznie o 9 tygodni i wyłącznie w takim zakresie zasadne byłoby ewentualne przedłużenie terminu wykonania umowy z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Dalej Odwołujący wskazywał, że podobnie jak w przypadku odstąpienia od umowy przez TŚ, GMM stwierdziła, że nie jest prawdopodobne, aby Konsorcjum NDI, przy zachowaniu wymagań określonych w umowie, zdołało wykonać ją w całości również w terminie uwzględniającym wyżej wymieniony dodatkowy

okres 9 tygodni, tj. do dnia 15 lutego 2023 r. GMM jednoznacznie wskazała, że poza okolicznościami, które uznała za uzasadniające wydłużenie terminu realizacji o 9 tygodni, niewykonanie umowy w terminie w niej określonym nastąpiło wyłącznie z winy wykonawcy i brak jest podstaw do uznania, aby zaistniały jakiegokolwiek inne zdarzenia wyłączające jego odpowiedzialność za powstałą zwłokę. Następnie GMM naliczyła karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto i wystawiła noty księgowe na łączną kwotę 2 258 955,37 zł. Odwołujący podnosił następnie, że Konsorcjum NDI w załączniku nr 1 do JEDZ odpowiednio dla lidera i partnera Konsorcjum usiłowało bardzo ogólnie wyjaśniać, że przyczyną przedłużenia terminu realizacji umowy było wystąpienie „wielu kolizji oraz niezinventaryzowanych przyłączy kanalizacyjnych, kolizji i studzienek, ale również takie przeszkody jak: brak możliwości uzgodnienia czasowej organizacji ruchu (TOR), brak porozumienia kolizyjnego z Tauron Dystrybucja S.A., czy też przebudowa sieci gazowej niezaplanowana w dokumentacji projektowej” a także „trudności w terminowej realizacji umowy nr DO/258/21 (Umowa z Tramwajami Śląskimi) zawartej z Zamawiającym Tramwaje Śląskie S.A.” Odwołujący wskazał też, że GMM odniosła się do zgłaszanych przez Konsorcjum NDI okoliczności i oceniła, że część z nich, co prawda wpłynęła na konieczność wydłużenia terminu realizacji robót, ale nie tak dalece jak życzyłby sobie tego Wykonawca, a ponadto wskazała, że istotna część powoływanych okoliczności w ogóle nie miała wpływu na opóźnienie w terminie realizacji umowy GMM. Wśród okoliczności, które pozostawały bez wpływu na opóźnienie Odwołujący wskazał np. wystąpienie zapadliska, które nie leżało w kolizji z robotami budowlanymi i jego likwidacja nie została zlecona w ramach robót dodatkowych, rozbiórka podbudowy, która stanowiła zakres objęty umową czy montaż studni, który ze względu na powtarzalny charakter i pomijalny czas wykonania nie miał wpływu na przebieg realizacji inwestycji (w trakcie realizacji umowy część studni nie była montowana pomimo przewidzenia w projekcie, dodawano zaś nowe). Wśród okoliczności wskazywanych jako uzasadniające przedłużenie terminu realizacji umowy GMM, Konsorcjum NDI wskazało wiele takich okoliczności, które bądź nie miały żadnego wpływu na termin wykonania umowy, bądź też pomimo konieczności reorganizacji procesu budowlanego, w rzeczywistości również pozostawały bez wpływu na termin jej wykonania w związku z możliwością kontynuowania prac na innych frontach robót. Zdaniem Odwołującego, tego rodzaju działanie, tj. mnożenie wielu problemów, zgłaszanie robót dodatkowych, kolizji, nie uwzględnionych w projektach warunków geologicznych wprost wskazuje na zamiar ukrycia niskiego zaawansowania prac oraz wykreowania konieczności zawarcia aneksów zwiększających wynagrodzenie za rzekome prace dodatkowe, a także wywarcia wrażenia, że to te przeszkody wywołały takie opóźnienie, które wymaga podpisania również aneksu terminowego i w konsekwencji kolejnego tak znaczącego wydłużenia terminu wykonania umowy. Jakkolwiek część tych okoliczności powoływanych przez Konsorcjum NDI mogła stanowić podstawę do wydłużenia terminu realizacji umowy, to jednak skala opóźnienia i rzeczywiste jego przyczyny była ogromna. W ocenie Odwołującego, prezentowane przez Konsorcjum NDI twierdzenia stanowią jedynie element strategii tego Wykonawcy, zmierzającej do wydłużenia terminu wykonania umowy GMM (podobnie jak w przypadku umowy TŚ), a w przypadku braku woli wydłużenia tego terminu przez obu Zamawiających, zmierzało do gromadzenia niezbędnej dokumentacji pod przyszły spór sądowy.

Odwołujący stwierdził, że z przedstawionego stanu faktycznego wynika jednoznacznie, że:

- a. Konsorcjum NDI nie wykonało w znacznym stopniu i zakresie umowy TŚ i umowy GMM;
- b. niewykonanie obu umów dotyczyło przeważającej części przedmiotu zamówienia, w którego wykonaniu Konsorcjum opóźniało się tak dalece, że nie było prawdopodobne terminowe zakończenie robót, nawet pomimo częściowego uznania za zasadne wniosku o wydłużenie terminu realizacji;
- c. zwłoka w której pozostawało Konsorcjum NDI spowodowana była co najmniej przyczynami leżącymi po stronie Konsorcjum;
- d. Zamawiający TŚ i GMM odstąpili od umowy z Konsorcjum NDI z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że tak znaczące opóźnienie w realizacji umów zawartych przez Konsorcjum NDI z TŚ i GM, a także niski stopień zaangażowania zasobów tego Wykonawcy i w konsekwencji niewielki stopień zaawansowania robót, stanowiły podstawę odstąpienia od obu umów przez TŚ i GMM z przyczyn leżących po stronie Konsorcjum NDI oraz naliczenia kar umownych w dużej wysokości. Odwołujący zauważył, że według obu zamawiających zakres wykonania przez Konsorcjum NDI obu umów wynosił 30% zaawansowania rzeczowego – po 19 miesiącach wykonywania tych umów, zawartych pierwotnie na okres 16 miesięcy. Nawet gdyby przyjąć wersję Konsorcjum NDI, że zaawansowanie wyniosło 42-43%, to już to stanowisko przesądza, że umowy TŚ i MMG nie zostały wykonane w znacznym stopniu i zakresie. Zdaniem Odwołującego uzasadnione jest też twierdzenie, że odstąpienie od umów TŚ i GMM nastąpiło nie tylko z przyczyn leżących po stronie wykonawcy – Konsorcjum NDI, ale z jego winy. Odwołujący podkreślił przy tym, że TŚ i MMG złożyli skuteczne oświadczenia o odstąpieniu od zawartych z Konsorcjum NDI umów z przyczyn leżących po stronie tego Wykonawcy. Obaj też naliczyli kary umowne. Odwołujący końcowo wskazał, że Konsorcjum NDI nie skorzystał z procedury self-cleaning, uznając – wbrew rzeczywistym okolicznościom towarzyszącym wykonaniu obu umów, które ostatecznie doprowadziły do ich rozwiązania przez TŚ i GMM – że pomimo ogromnych opóźnień, naliczenia wysokich kar umownych i odstąpienia przez zamawiających od umów TŚ i MMG, nie ma sobie absolutnie nic do

zarzucenia, a z jego strony proces budowlany prowadzony był bez zarzutu.

Przechodząc do zarzutu nr 2, Odwołujący wskazał, że w tym przypadku - biorąc pod uwagę zaistniałe okoliczności związane z odstąpieniem przez zamawiających TS i MMG od umów zawartych z Konsorcjum NDI, ta podstawa wykluczenia również zaistniała. W zaistniałym stanie faktycznym Konsorcjum NDI nie tylko opóźniało się z realizacją, robót co doprowadziło do odstąpienia od umów przez TS i MMG, ale działało w taki sposób, aby niejako ukryć rozmiar opóźnień leżących po jego stronie, mnożąc przeszkody rzekomo uzasadniające wydłużenie terminu realizacji umów, nawet o prawie 400 dni. Nie sposób nie uznać takiego działania za pozorne i nienaruszające obowiązków zawodowych. Powyższe świadczy o nierzetelności Wykonawcy, wskazuje na zamiar uchylenia się od skutków zwłoki w realizacji umów i bez wątpienia świadczy o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych, podważający jego uczciwość. Z tego względu przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp należy również uznać za spełnione.

Mając na uwadze podniesione przy uzasadnieniu zarzutu nr 1 okoliczności, w zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zaniechał, choć zaistniały ku temu przesłanki, zwrócenia się bezpośrednio do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów, co w niniejszym przypadku było konieczne w celu pełnego zbadania wystąpienia podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, czym naruszył art. 128 ust. 5 ustawy Pzp.

W ramach zarzutu nr 4 Odwołujący podniósł między innymi, iż doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. d) SWZ. Odwołujący wskazywał, że Konsorcjum NDI, jako że wykonawcą robót budowlanych dla Portu Lotniczego Gdańsk było NDI S.A. (Lider Konsorcjum), miało pełną świadomość i wiedzę o tym, że w ramach tego zadania nie został wykonany system zarządzania siecią LAN. Swoim działaniem Konsorcjum NDI wprowadziło Zamawiającego w błąd. Działanie Konsorcjum NDI w postaci wyraźnego oświadczenia w wykazie robót budowlanych, że na referencyjnej inwestycji był realizowany system zarządzania siecią LAN należy ocenić szczególnie negatywnie z uwagi na fakt, że okoliczność ta była Konsorcjum NDI znana i wykonawca miał możliwość wykazania się na spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. d) SWZ robotą budowlaną spełniającą wszystkie wymagania szczegółowo opisane dla tego warunku. Tymczasem powołując się na doświadczenie w robocie budowlanej, która nie spełnia wymogu w zakresie wdrożenia i uruchomienia systemu zarządzania siecią LAN, przy jednoczesnym zapewnieniu Zamawiającego o zrealizowaniu takiego systemu, w sposób świadomy i zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd.

W sytuacji nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zarzutu nr 4, Odwołujący w ramach zarzutu ewentualnego, postawił zarzut nr 5, tj. zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do poprawienia/uzupełnienia wykazu robót budowlanych przez wskazanie roboty budowlanej, która spełnia wymagania Zamawiającego określone w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. d) SWZ. Jak bowiem wskazał wyżej Odwołujący, robota budowlana wskazana przez Konsorcjum NDI w Porcie Lotniczym w Gdańsku nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego dla tego warunku udziału w postępowaniu, gdyż w ramach tych robót nie został wdrożony i uruchomiony system zarządzania siecią LAN.

Jako ewentualny wobec nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów nr 1-4, postawiony został również zarzut nr 6. Zdaniem Odwołującego zachowanie Konsorcjum NDI wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. przepisów. Wykonawca ten podał w wykazie robót, wprowadzając w błąd informacje dot. zadania referencyjnego wykonywanego dla Portu Lotniczego Gdańsk (poz. 7 wykazu), które należy zakwalifikować jako rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie, w tym o posiadanym doświadczeniu, wykonywanych robotach budowlanych, w celu przysporzenia korzyści (pozyskania zamówienia) oraz wyrządzenia szkody innym wykonawcom, a także Zamawiającemu, albowiem takie działanie niweczy cel stawiania warunków udziału w postępowaniu, jakim jest wybór wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia. Ponadto Wykonawca, który celowo, rażąco niedbale, przekazuje Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością (mając co do nich pełną wiedzę, z uwagi na to że członek Konsorcjum NDI S.A. było wykonawcą zadania w Porcie Lotniczym w Gdańsku), dążąc do uzyskania zamówienia, dopuszcza się działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami. W szczególności narusza obowiązek składania w postępowaniu o udzielenie zamówienia rzetelnych, zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy informacji oraz uczciwości kupieckiej. A jego jedynym celem jest uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która w takiej sytuacji nie ma szans na uzyskanie zamówienia.

Także jako ewentualny wobec nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów nr 1-4, postawiony został zarzut nr 7, uzasadniając że całokształt powołanych w uzasadnieniu okoliczności wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający naruszył reguły równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania. Takie działanie wprost narusza również dyspozycję art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 23 sierpnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko Przystępującego Konsorcjum NDI:

Pismem z dnia 23 sierpnia 2024 r. Konsorcjum NDI wniosło o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum NDI. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Konsorcjum NDI po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, załączone do odwołania, do odpowiedzi na odwołanie, do pisma procesowego Przystępującego oraz przedłożone przez Odwołującego i Przystępującego na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że w zakresie zarzutów nr 1, 2, 4, 5, 6 i 7 odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Natomiast wobec złożenia na rozprawie przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu nr 3, postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1) ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów odwołania.

Zarzuty nr 1 i nr 2

Wśród podstaw wykluczenia zawartych w § 10 SWZ Zamawiający przewidział te, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp.

Obaj członkowie Konsorcjum NDI w części III lit. c JEDZ 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* udzielili odpowiedzi twierdzącej, zaznaczając: „TAK”.

Konsorcjum NDI do przedłożonego JEDZ, dołączył do niego załącznik w postaci wyjaśnień dotyczących okoliczności związanych z brzmieniem art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. W treści wyjaśnień załączonych do JEDZ Konsorcjum NDI poinformowało o okolicznościach dotyczących realizacji oraz przedterminowego zakończenia dwóch umów o roboty budowlane:

- a) umowa z dnia 20 maja 2021 r. nr do/258/21 zawarta z TŚ,
- b) umowa z dnia 20 maja 2021 r. nr PI.272.3.11.2021 zawarta z GMM.

Następnie, w dniu 7 czerwca 2024 r. Zamawiający wystąpił do obu ww. podmiotów o dostęp do informacji publicznej na temat przebiegu realizacji określonej umowy zawartej z Konsorcjum NDI. Zamawiający wystąpił o udostępnienie m.in. umowy wraz z aneksami, pism dotyczących odstąpienia od umowy, informacji czy naliczone zostały Konsorcjum NDI kary umowne, a jeśli tak czy miały one charakter odszkodowawczy, informacji czy w związku z odstąpieniem od umowy sprawa została skierowana do sądu oraz wszelkich innych informacji które pomogłyby Zamawiającemu zbadać czy zachodzą w stosunku do Konsorcjum NDI przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe, zarówno TŚ, jak i GMM udzielili informacji Zamawiającemu, do swoich pism załączając skany dokumentacji.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 9 lipca 2024 r. wystąpił do Konsorcjum NDI o udzielenie dodatkowych informacji i wyjaśnienie wątpliwości dotyczących załącznika do JEDZ i jego treści, na co w dniu 15 lipca 2024 r. Konsorcjum NDI udzieliło odpowiedzi.

Według art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć

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 umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Przy ocenie zarzutów nr 1 i nr 2, dla których to Odwołujący powoływał tożsame uzasadnienie faktyczne, kluczowym było dla Izby było to, czy Zamawiający miał dostateczne podstawy do łącznego wykazania przesłanek wykluczenia Konsorcjum NDI zarówno z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp (zarzut nr 1) jak i art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp (zarzut nr 2). Należy wyjaśnić, że nie jest natomiast rolą Izby rozstrzyganie w przedmiocie sporu, jaki niewątpliwie istnieje pomiędzy Konsorcjum NDI a TŚ i GMM co do okoliczności odstąpienia od umów.

Odnosząc się więc do argumentacji Odwołującego oraz przedłożonych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, poczynając od zarzutu nr 1, Izba wskazuje, co następuje.

Nie było spornym w sprawie, że w dniu 20 maja 2021 r. doszło do zawarcia umów w sprawie zamówienia publicznego dotyczących realizacji Projektu pn. „Zintegrowany Projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko – Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego – etap I” pomiędzy Konsorcjum NDI a TŚ oraz pomiędzy Konsorcjum NDI a GMM, a także że pierwotne terminy wykonania umów zostały wyznaczone na dzień 30 września 2022 r., co następnie zostało zmienione poprzez zawarcie aneksów do ww. umów, w ten sposób iż termin realizacji umowy z TŚ ustalono na dzień 5 grudnia 2022 r., a termin realizacji umowy z GMM na dzień 14 grudnia 2022 r. (Odwołujący omyłkowo w odwołaniu wskazał w tym przypadku termin o 2 dni wcześniejszy, tj. dzień 12 grudnia 2022 r., co jednakże nie wpływa w żadnym stopniu na bezsporność tej okoliczności). Także nie były spornymi odstąpienie od umowy przez TŚ w dniu 2 stycznia 2023 r., odstąpienie od umowy przez GMM w dniu 12 stycznia 2023 r. oraz to, że ww. zamawiający (tj. TŚ i GMM) naliczyli kary umowne Konsorcjum NDI, a również to, że Konsorcjum ND odstąpiło od obu ww. umów (odpowiednio w dniach 30 i 31 stycznia 2023 r.). Niespornym też było podobieństwo stanów faktycznych dotyczących realizacji obu umów przez Konsorcjum NDI, stąd Izba poczyni co do zasady wspólne uwagi dla obu przypadków.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, że Zamawiający dokonując oceny, iż Konsorcjum NDI nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oparł się jedynie na wyjaśnieniach tegoż Wykonawcy, pomimo że zostały one przedstawione jednostronnie i prezentują subiektywny i niepełny obraz okoliczności prowadzących do odstąpienia od obu umów – najpierw przez obu zamawiających (TŚ i GMM), a następnie przez Konsorcjum NDI. Z tym twierdzeniem Odwołującego nie sposób się zgodzić, co jednoznacznie wynika ze stanu faktycznego sprawy. Otóż, Zamawiający, czego Odwołujący nie przywoływał w treści odwołania, zwrócił się do obu podmiotów - TŚ i GMM, z wnioskiem o udzielenie informacji na temat przebiegu realizacji określonej umowy zawartej z Konsorcjum NDI. To, iż finalnie Zamawiający uznał, iż po analizie zebranych informacji zarówno ze strony inwestorów, jak i wykonawcy, decyzja o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum NDI byłaby niezasadna, nie jest równoznaczna z oparciem się wyłącznie o stanowisko jednej ze stron. Rzecz jasna, Odwołujący na rozprawie wycofał swój zarzut zaniechanie zwrócenia się do TŚ oraz GMM o udzielenie informacji lub dokumentów dotyczących okoliczności realizacji, rozwiązania umów (zarzut nr 3), niemniej, niezależnie od oceny prawidłowości przyjętego przez Zamawiającego stanowiska w przedmiocie niewykluczenia Konsorcjum NDI, skoro w uzasadnieniu zarzutu nr 1 zawarto argumentację o oparciu się przez Zamawiającego jedynie na wyjaśnieniach Konsorcjum NDI, Izba stwierdziła, że taka okoliczność taka nie została przez Odwołującego jakkolwiek wykazana.

Izba też wskazuje, do czego nawiązywały w swojej argumentacji obie Strony, że istnienie sporu sądowego pomiędzy TŚ i GMM a Konsorcjum NDI co do okoliczności odstąpienia od umów nie jest dla przedmiotowej sprawy rozstrzygający - to znaczy nie może przesądzać zarówno o niejednoznaczności okoliczności (jak wskazywał Zamawiający), ale zarazem nie można spłycać faktu kwestionowania zasadności naliczenia kary i odstąpienia od umowy przez Konsorcjum NDI jedynie do powszechnej strategii prawnej i biznesowej wykonawcy, jak czynił to Odwołujący. Należy zgodzić się jednakże z Odwołującym, że toczący się pomiędzy stronami umowy o zamówienie publiczne spór sądowy, nie zwalnia Zamawiającego z konieczności dokonania samodzielnej oceny, czy wystąpiły przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Istotnie więc, sam fakt istnienia sporu sądowego pomiędzy inwestorem a wykonawcą oraz brak prawomocnego orzeczenia w takiej sprawie, nie jest przeszkodą dla wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Izba za przekonujące przyjęła stanowisko prezentowane w toku postępowania odwoławczego przez Zamawiającego. Za

sluszną w ocenie Izby należy po pierwsze uznać procedurę wyjaśniającą przeprowadzoną przez Zamawiającego, który poza uwzględnieniem wyjaśnień Konsorcjum NDI złożonych razem z JEDZ, zwrócił się również do inwestorów - GMM TŚ i dopiero po analizie obu stanowisk doszedł do wniosku, iż nie jest w stanie wykazać wypełnienia przesłanek wykluczenia.

Po drugie, wbrew temu, co sam zarzucał w odwołaniu Zamawiającemu Odwołujący, nie można, jak czyni to Odwołujący, opierać się wyłącznie na stanowisku jednej strony - w przypadku Odwołującego - stanowisku inwestorów, które jako podmioty pozostające w sporze z Konsorcjum NDI, będą prezentować subiektywne i korzystne dla siebie twierdzenia. I choć Odwołujący podsumowując swoje stanowisko co do okoliczności związanych z realizacją umowy pomiędzy Konsorcjum NDI a TŚ, wywiódł wniosek, że odstąpienie od umowy przez TŚ było zasadne i zostało spowodowane przez nienależyte jej wykonywanie przez Konsorcjum NDI, oparty był na całokształcie okoliczności wynikających z pisma o odstąpieniu przez TŚ, w zestawieniu z tłumaczeniem Konsorcjum NDI zawartym w załącznikach nr 1 do JEDZ to zdaniem Izby było to jedynie gołosłowne stwierdzenie. Na podstawie uzyskanej od TŚ informacji, Odwołujący wywiódł, iż odstąpienie od umowy było zasadne i zostało spowodowane przez nienależyte jej wykonywanie przez Konsorcjum NDI, równocześnie dyskredytując treść wyjaśnień Konsorcjum NDI. Odwołujący wyraźnie wskazał, iż to z pisma TŚ wynika, że ocena zachowania Konsorcjum NDI w trakcie realizacji umowy TŚ jest jednoznacznie negatywna. Odwołujący dalej wskazuje, że to pismo TŚ wskazuje nie tylko na bezzasadność wniosków o wydłużenie terminu realizacji umowy o czas dłuższy niż 134 dni, ale dodatkowo podkreśla niski stan zaawansowania robót oraz niedostateczne zaangażowanie i mobilizację zasobów osobowych i sprzętowych. Właśnie to stanowisko, wyrażone co należy raz jeszcze przypomnieć, przez jedną ze stron sporu, pozwala Odwołującemu na stwierdzenie, że świadczy to o braku dochowania należytej staranności i stanowi przyczynę leżącą po stronie wykonawcy.

Dalej jednak Odwołujący odnosił się też do treści wyjaśnień Konsorcjum NDI udzielonych Zamawiającemu. Odwołujący podkreślał, jakie przyczyny i przeszkody prowadzące do opóźnienia realizacji inwestycji o 357 dni, zostały wskazywane przez Konsorcjum NDI w wyjaśnieniach. Odwołujący podnosił, że Konsorcjum NDI powoływało się na setki kolizji, odmiennych warunków gruntowych, czy brak ważności porozumienia kolizyjnego pomiędzy TŚ a właścicielem infrastruktury elektrycznej – gestorem sieci Tauron Dystrybucja. Niemniej jednak okoliczności podane przez Konsorcjum NDI, Odwołujący kwestionuje wyłącznie na podstawie stanowiska uzyskanego od TŚ, wyraźnie podkreślając iż: „tę okoliczność Zamawiający TŚ ocenił zgola inaczej w piśmie dot. odstąpienia od umowy”. W ocenie Odwołującego wystarczającym zatem do odrzucenia przyczyny podawanej przez Konsorcjum NDI była tylko odmienna ocena drugiej strony umowy. Przy czym Odwołujący podkreślenie różnicy pomiędzy wnioskowaną przez Konsorcjum NDI zmianą terminu realizacji a zmianą akceptowaną przez TŚ nastąpiło łącznie z odniesieniem się wyłącznie do jednej z przyczyn wskazywanych przez Konsorcjum NDI w wyjaśnieniach załączonych do JEDZ, niejako sugerując, że wyłącznie okoliczność uniemożliwiająca wykonywanie umowy przez 56 dni stała za wnioskiem Konsorcjum NDI o wydłużenie terminu realizacji umowy o 357 dni. Odwołujący zignorował jednak podawane przez Konsorcjum NDI inne przyczyny, np. wadliwy opis przedmiot zamówienia przygotowany przez Zamawiającego, nieaktualne warunki techniczne. Należy przy tym też zwrócić uwagę więc, że zarówno TŚ, jak i Konsorcjum NDI byli zgodni, iż już wcześniej wydłużony pierwotny termin realizacji umowy, powinien być ponownie wydłużony (choć niewątpliwie nie było jednomyślności co do tego, o ile powinien zostać wydłużony), co w ocenie Izby również świadczy o niejednoznaczności okoliczności.

Odwołujący arbitralnie przy tym stwierdził, że wniosek o wydłużenie terminu realizacji umowy TŚ, aż o 357 dni miał na celu zmaksymalizowanie terminu realizacji umowy zapewne po to, aby „kupić” dodatkowy czas na nadrobienie niewystarczającego dotychczasowego zaangażowania i zaawansowania prac. Powyższe, nawet gdyby Odwołujący nie użył literalnie słowa „zapewne”, stanowi w ocenie Izby jedynie przypuszczenie Odwołującego, bez znaczenia dla wykazania którejkolwiek z przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Podobnie za nieoparte dowodami domysły należy uznać, iż to, że najpierw Konsorcjum NDI pismem z dnia 28 listopada 2022 r. wnioskowało o wydłużenie terminu realizacji umowy do dnia 18 grudnia 2023 r., a następnie pismem z dnia 12 grudnia 2022 r. skorygowało swój wniosek, tj. o wydłużenie terminu realizacji do dnia 15 września 2023 r., świadczy o tym, że wnioski o przedłużenie terminu nie miały oparcia w faktach i składane były w celu ukrycia zawinionego opóźnienia i uniknięcia w przyszłości kar umownych za zwłokę. Za wysoce subiektywny i niewykazany należy również uznać pogląd Odwołującego co do tego, że prezentowane przez Konsorcjum NDI twierdzenia we wnioskach o wydłużenie terminów realizacji obu umów stanowią jedynie element strategii, zmierzającej do wydłużenia terminu wykonania umowy z GMM i TŚ, a w przypadku braku woli wydłużenia tych terminów przez obu ww. zamawiających, do gromadzenia niezbędnej dokumentacji pod przyszły spór sądowy. Tożsame uwagi należy odnieść też do twierdzenia Odwołującego odnośnie umowy z GMM, iż działanie Konsorcjum NDI polegające na mnożeniu wielu problemów, zgłaszaniu robót dodatkowych, kolizji, nie uwzględnionych w projektach warunków geologicznych, wprost wskazuje na zamiar ukrycia niskiego

zaawansowania prac oraz wykreowania konieczności zawarcia aneksów zwiększających wynagrodzenie za rzekome prace dodatkowe, a także wywarcia wrażenia, że to te przeszkody wywołały takie opóźnienie, które wymaga podpisania również aneksu terminowego i w konsekwencji kolejnego tak znaczącego wydłużenia terminu wykonania umowy.

W odniesieniu zaś stricte do poczynionych uwag Odwołującego w zakresie okoliczności dotyczących realizacji umowy pomiędzy Konsorcjum NDI a GMM, w ocenie Izby również w tym przypadku Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przytacza wyłącznie twierdzenia jednej ze stron sporu, tj. zamawiającego GMM, co nie może rzecz jasna uznać za przekonujący argument dla uwzględnienia zarzutu. Odwołujący konfrontuje stanowisko GMM z uzasadnieniem wydłużenia terminu realizacji umowy przedstawionym przez Konsorcjum NDI, arbitralnie uznając, że tam gdzie stanowiska obu stron sporu są rozbieżne, należy przyjąć za prawidłowe stanowisko GMM. Innymi słowy, za niezasadne do wydłużenia terminu realizacji umowy Odwołujący uznawał te okoliczności, które za niezasadne uznał sam GMM. Odwołujący nie przedstawiając dowodów na poparcie swoich twierdzeń wymieniał przy tym przykładowo jako okoliczności podane przez Konsorcjum NDI, które pozostawały bez wpływu na opóźnienie: wystąpienie zapadliska, które nie leżało w kolizji z robotami budowlanymi i jego likwidacja nie została zlecona w ramach robót dodatkowych, rozbiórkę podbudowy, która stanowiła zakres objęty umową czy montaż studni, który ze względu na powtarzalny charakter i pomijalny czas wykonania nie miał wpływu na przebieg realizacji inwestycji (w trakcie realizacji umowy część studni nie była montowana pomimo przewidzenia w projekcie, dodawano zaś nowe).

Odwołujący w swoim odwołaniu odnosił się też do kwestii stopnia zaawansowania zakresu prac, wskazując na procentowy zakres realizacji zadań. Odwołujący jednak nie kwestionował tego, iż stanowiska obu stron sporu w tej kwestii są różne - sam procent zaawansowania prac Konsorcjum NDI na inwestycji dotyczącej umów z TŚ i GMM jest sporny pomiędzy Konsorcjum NDI a ww. inwestorami. Niewątpliwie, znaczny stopień lub zakres niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania jest jedną z przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, które muszą zaistnieć łącznie. Niezależnie od tego, jak podnosi się w literaturze: „Wydaje się, że podejście ilościowe do pojęcia niewykonania zamówienia w znaczącym stopniu jest błędne. Właściwa interpretacja powinna zmierzać do oceny przydatności wykonanego zamówienia dla zamawiającego” (tak w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, SIP Legalis 2023, komentarz do art. 109.). Niemniej jednak na poparcie swoich twierdzeń, w odwołaniu Odwołujący odniósł się jedynie do zakresu ilościowego, nie podejmując się oceny przydatności wykonanego zakresu przez Konsorcjum NDI.

Ponadto, Odwołujący kilkakrotnie w treści odwołania podkreślał, iż pomimo zawartych aneksów pomiędzy Konsorcjum NDI a ww. podmiotami, na mocy których pierwotnie wyznaczone terminy wykonania obu umów uległy wydłużeniu, Konsorcjum NDI ponownie występowało o wydłużenie terminu realizacji obu umów. Tym niemniej, te okoliczności nie świadczą automatycznie o tym, iż dalsze wydłużenia terminów realizacji obu umów, w zakresie o jaki postulowało Konsorcjum NDI, wynikały z wyłącznych przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Za wyobrażalne bowiem, w świetle zasad doświadczenia życiowego w ocenie Izby jest to, że inwestycje o charakterze liniowym, jak ta realizowana w ramach zawartych przez Konsorcjum NDI umów z GMM i TŚ, mogą napotykać trudności w terminowej realizacji prac, szczególnie, gdy ma to miejsce na terenie tak silnie zurbanizowanym. Odnosząc się do przedłożonych na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego przez Odwołującego dowodów (nr 1, nr 3-5) w postaci pism inżyniera kontraktu firmy ARSEM, Izba zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego prezentowanym na rozprawie, iż dowody te stanowią standardowe wezwania inżyniera kontraktu i nie mogą być wystarczającym dowodem na nieprofesjonalizm wykonawcy. Podobnie z pisma TŚ z dnia 2 czerwca 2022 r. (dowód nr 2) nie można wywieść, iż Konsorcjum NDI dopuściło się w znacznym stopniu lub zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałe nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania z przyczyn leżących po swojej stronie. Podkreślić przy tym trzeba, że pomimo tychże upomnień, do czasu odstąpienia od umów przez TŚ i GMM nie wynika, aby na Konsorcjum NDI zostały nałożone kary umowne, co również trzeba wziąć pod uwagę przy ocenie ewentualnej nierzetelności po stronie Konsorcjum NDI. Potwierdzenie powyższego stanowi też choćby fakt, iż w ramach tej samej inwestycji problemów realizacyjnych doświadczyło nie tylko Konsorcjum NDI, ale również jego następca - wykonawca, który wykonuje zamówienie po wzajemnych odstąpieniach od umów inwestorów i Konsorcjum NDI (co wynikało z załączonych przez Przystępującego Konsorcjum NDI do swojego stanowiska procesowego pism wykonawcy KZN Rail z dnia 14 maja 2024 r. i z dnia 10 czerwca 2024 r. oraz aneksów do umów zawartych pomiędzy KZN Rail a TŚ i GMM wydłużającego pierwotne terminy realizacji umów).

Przechodząc bezpośrednio do oceny argumentacji Odwołującego na potrzeby wykazania zasadności zarzutu nr 2, trzeba wskazać, iż zasadniczo Odwołujący opiera się na okolicznościach wskazanych w zakresie zarzutu nr 1. Mając więc na względzie ocenę Izby zaprezentowaną w stosunku do zarzutu nr 1, należy ją zatem odnieść także do zarzutu nr 2. Uzupełniając wskazać trzeba, że Odwołujący przyjmuje, iż Konsorcjum NDI nie tylko opóźniło się z realizacją robót, co doprowadziło do odstąpienia od umów, ale działało w taki sposób, aby niejako ukryć rozmiar opóźnień leżących po

jego stronie, mnożąc przeszkody rzekomo uzasadniające wydłużenie terminu realizacji umów, co pozwala Odwołującemu na uznanie, że świadczy to o nierzetelności Konsorcjum NDI i poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych, podważających jego uczciwość. Ocena Odwołującego oparta jest na subiektywnym przekonaniu, wywnioskowanym przede wszystkim ze stanowiska jednej ze spornych stron umowy.

Mając na uwadze powyższe, Izba przyznaje rację Zamawiającemu, iż sytuacja nie jest bezsporna, pozwalająca na jednoznaczną kwalifikację, czy zaszły łącznie przesłanki pozwalające na wykluczenie Konsorcjum NDI z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) jak i 7) ustawy Pzp. Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał w sposób przekonujący, iż takowe przesłanki zostały wypełnione. Tym samym zarzuty nr 1 i nr 2 podlegały oddaleniu.

Zarzut nr 4

Wśród podstaw wykluczenia zawartych w § 10 SWZ Zamawiający przewidział te, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp.

W § 11 ust. 1 pkt 4 lit. d SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym wymagał, aby wykonawca:

„wykonał w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 roboty instalacyjne w zakresie podobnym do przedmiotu zamówienia, polegającą na dostawie, wdrożeniu i uruchomieniu instalacji teletechnicznych, złożonych z:

– okablowania światłowodowego, strukturalnego, LAN, i

– systemu zarządzania siecią LAN, i

– urządzeń aktywnych sieci LAN, i

– szaf IT tzw. szczelnych (drzwi przeszklone) z listwami PDU, wyposażonych w system klimatyzacji precyzyjnej z tzw. bezpośrednim chłodzeniem wnętrza szaf przez wymienniki klimatyzacyjne, instalację sygnalizacji i gaszenia pożaru oraz system monitoringu parametrów środowiskowych”.

Konsorcjum NDI na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykazało się robotą budowlaną pn.

„Doprojektowanie w zakresie projektu wykonawczego i rozbudowa terminalu pasażerskiego w Porcie Lotniczym im. Lecha Wałęsy w Gdańsku”.

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.

Zgodnie z cytowanym już art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W ramach zarzutu nr 4 Odwołujący podniósł między innymi, iż doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że Konsorcjum NDI spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w § 11 ust. 1 pkt 4 lit.

d) SWZ. Odwołujący wskazywał, że Konsorcjum NDI, jako że wykonawcą robót budowlanych dla Portu Lotniczego Gdańsk było NDI S.A. (Lider Konsorcjum), miało pełną świadomość i wiedzę o tym, że w ramach tego zadania nie został wykonany system zarządzania siecią LAN. Swoim działaniem Konsorcjum NDI wprowadziło Zamawiającego w błąd. Działanie Konsorcjum NDI w postaci wyraźnego oświadczenia w wykazie robót budowlanych, że na referencyjnej inwestycji był realizowany system zarządzania siecią LAN należy ocenić szczególnie negatywnie z uwagi na fakt, że okoliczność ta była Konsorcjum NDI znana i wykonawca miał możliwość wykazania się na spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. d SWZ robotą budowlaną spełniającą wszystkie wymagania szczegółowo opisane dla tego warunku. Tymczasem powołując się na doświadczenie w robocie budowlanej, która nie spełnia wymogu w zakresie wdrożenia i uruchomienia systemu zarządzania siecią LAN, przy jednoczesnym zapewnieniu Zamawiającego o zrealizowaniu takiego systemu, w sposób świadomy i zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd.

Mając na względzie stanowisko Odwołującego przedstawione na rozprawie w zakresie zarzutu nr 4, w tym miejscu Izba wyraźnie podkreśla to, co literalnie wynika z treści odwołania w zakresie uzasadnienia zarzutu nr 4. W odwołaniu Odwołujący kilkakrotnie wskazywał, iż wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez Konsorcjum NDI przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. d) SWZ, sprowadzało się do tego,

że w ramach zadania referencyjnego nie został wykonany system zarządzania siecią LAN. Jak choćby wskazywał w odwołaniu Odwołujący: „Działanie Konsorcjum NDI w postaci wyraźnego oświadczenia w wykazie robót budowlanych, że na referencyjnej inwestycji był realizowany system zarządzania siecią LAN należy ocenić szczególnie negatywnie z uwagi na fakt, że okoliczność ta była Konsorcjum NDI znana i wykonawca miał możliwość wykazania się na spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. d SWZ robotą budowlaną spełniającą wszystkie wymagania szczegółowo opisane dla tego warunku. Tymczasem powołując się na doświadczenie w robocie budowlanej, która nie spełnia wymogu w zakresie wdrożenia i uruchomienia systemu zarządzania siecią LAN, przy jednoczesnym zapewnieniu Zamawiającego o zrealizowaniu takiego systemu, w sposób świadomy i zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd”. Tym niemniej, stanowisko Odwołującego w trakcie rozprawy zmierzało do wniosku, iż w zakres przedmiotowy zadania referencyjnego wchodził system zarządzania siecią LAN, ale jedynie w warstwie aktywnej, bez warstwy pasywnej, co zdaniem Odwołującego nie było wystarczające dla spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł na rozprawie także, że zakres, który wykonało Konsorcjum NDI dla Portu Lotniczego w Gdańsku nie było zamówieniem podobnym do przedmiotu zamówienia. Podniesienia takich okoliczności nie sposób jednak odnaleźć w treści odwołania. Należy wobec powyższego wskazać, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zakres rozpoznania sprawy przez Izbę jest ściśle ograniczony zarzutami odwołania sprowadzającymi się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Stąd też, odwołujący w odwołaniu zobowiązany jest wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. Powyższe oznaczają, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nowe okoliczności faktyczne podnoszone dopiero na rozprawie stanowią nowe zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie mogą one zatem być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę. Odwołujący wyraźnie w treści odwołania wskazywał, iż w ramach zadania wykonanego przez Konsorcjum NDI nie został wykonany system zarządzania siecią LAN. Stąd też za nową, nieznaną odwołaniu okoliczność trzeba uznać zarzucanie przez Odwołującego, że w zakres przedmiotowy zadania referencyjnego Konsorcjum NDI wchodził system zarządzania siecią LAN, ale jedynie w warstwie aktywnej, a to nie było wystarczające dla spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, podobnie jak to, że zakres, który wykonało konsorcjum NDI dla Portu Lotniczego w Gdańsku nie było zamówieniem podobnym do przedmiotu zamówienia.

Rozstrzygające znaczenie dla oceny zarzutu nr 4, który jeszcze raz należy podkreślić sprowadzał się w treści odwołania do tego, iż Konsorcjum NDI nie wykonało w ramach zadania dla Portu Lotniczego w Gdańsku systemu zarządzania siecią LAN, ma więc odpowiedź Portu Lotniczego w Gdańsku z dnia 15 lipca 2024 r. (dowód nr 8 do odpowiedzi na odwołanie) na zapytanie Zamawiającego z dnia 5 lipca 2024 r. (dowód nr 7 do odpowiedzi na odwołanie), z której literalnie wynika, iż w ramach realizacji zadania referencyjnego Konsorcjum NDI wykonało m. in. system zarządzania siecią LAN. Do tożsamyh wniosków można dojść po lekturze przedłożonego przez Konsorcjum NDI oświadczenia Portu Lotniczego w Gdańsku (załącznik nr 10 do pisma procesowego Konsorcjum NDI). Natomiast dowody Odwołującego dotyczące zarzutu nr 4 (oznaczone w protokole posiedzenia i rozprawy jako nr 6-11 i nr 13) takim okolicznościom nie przeczą. Dla Izby brak było jakichkolwiek podstaw, aby zakwestionować oświadczenie podmiotu, na rzecz którego Konsorcjum NDI wykonało zadanie referencyjne. Natomiast co do wniosku dowodowego Odwołującego, aby zobowiązać Zamawiającego do wystąpienia z wnioskiem do Portu Lotniczego w Gdańsku o przekazanie dokumentacji powykonawczej w zakresie robót teletechnicznych (wniosek dowodowy nr 12), Izba uznała, że wniosek ten nie zasługiwał na uwzględnienie, gdyż okoliczności mające znaczenie dla rozstrzygnięcia wynikały z innych przedstawionych dowodów, a ten wniosek zmierzałby do przedłużenia postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zarzut nr 4 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zarzuty nr 5 i nr 6

Z uwagi na nieuwzględnienie zarzutu nr 4, oddaleniu podlegały również zarzuty nr 5 i nr 6, bowiem jak ustaliła Izba przy ocenie zarzutu nr 4, nie potwierdziło się, aby Konsorcjum NDI nie spełniało warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 11 ust. 1 pkt 4 lit. d SWZ, a to stanowiło dla Odwołującego punkt wyjścia dla uzasadnienia tych zarzutów.

Zarzut nr 7

W konsekwencji powyższych ustaleń Izby, zgodnie z którymi zarzuty postawione w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie, również postawiony jako wynikowy wobec tychże zarzutów, zarzut nr 7 nie mógł zostać uwzględniony.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyla się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....

.....