Sygn. akt: KIO 2023/24
KIO 2025/24

WYROK

Warszawa, dnia 2 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Marek Bienias
Członkowie: Monika Banaszkiewicz

Anna Chudzik

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 10 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **PORR S.Az siedzibą w Warszawie** w postępowaniu o sygn. akt KIO 2023/24**,**

B.w dniu 10 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie**w postępowaniu o sygn. akt KIO 2025/24**,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni reprezentowanego przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. w Gdyni**,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2023/24 i o sygn. akt KIO 2025/24 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Budimex S.A. (Lider Konsorcjum)z siedzibą w Warszawie, Roverpol sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Rover Maritime S.L. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Walencji (Hiszpania),**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2023/24 wykonawcy**NDI S.Az siedzibą w Sopocie,**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2025/24 wykonawcy **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

KIO 2023/24

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3, nr 4, nr 5, nr 6 odwołania.
2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PORR S.Az siedzibą w Warszawie** i
3.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PORR S.Az siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

KIO 2025/24

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 4 (zarzut ewentualny) i nr 6 (zarzut ewentualny) odwołania.
2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie** i
3.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NDI S.A. z siedzibą w Sopocie** tytułem wpisu od odwołania.

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:.…….....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2023/24
KIO 2025/24

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

I.KIO 2023/24:

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni reprezentowany przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. w Gdyn – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa falochronów osłonowych, stanowiących wodną infrastrukturę dostępową do Portu Zewnętrznego w Porcie Gdynia, w formule zaprojektuj i wybuduj”* - Numer sprawy: ZU/227/SWZ-47/KJ/MG/202.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejpod numerem 220/2023: 00694277-2023.

W dniu 10 czerwca 2024 r. wykonawca PORR S.A z siedzibą w Warszawiewniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- nieprawidłowej ocenie przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie (1) BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, (2) Roverpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz (3) Rover Maritime S.L. z siedzibą w Walencji (łącznie: „Konsorcjum Budimex”);
- zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Budimex z Postępowania;
- w następstwie nieprawidłowości wskazanych powyżej dokonanie czynności wyboru oferty Konsorcjum Budimex jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum Budimex;
- zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

(1) art. 108 ust. 1 pkt 6 PZP w zw. z art. 119 PZPpoprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, że podmiot udostępniający zasoby Konsorcjum Budimex, tj. Wuprohyd Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku („Wuprohyd’) brał udział w przygotowaniu postępowania w szerszym zakresie niż opisał to w JEDZ sam Wuprohyd i Konsorcjum Budimex, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

(2) art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP (ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP)poprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, że Konsorcjum Budimex zataiło informację, że podmiot udostępniający zasoby Konsorcjum Budimex (Wuprohyd) brał udział w przygotowaniu postępowania, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

(3) art. 109 ust. 1 pkt 7 PZPpoprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, że jeden z członków Konsorcjum Budimex, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło odszkodowania;

(4) art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP (ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP)poprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, że Konsorcjum Budimex zataiło informację, że jeden z członków Konsorcjum Budimex podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP;

(5) art. 128 ust. 1 PZPpoprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych służących wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia;

(6) art. 109 ust. 1 pkt 8 PZPpoprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, że Konsorcjum Budimex w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;

(7) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZPpoprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex pomimo wystąpienia okoliczności opisanych w zarzutach (1) – (4) oraz (6) powyżej.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o:

(I) uwzględnienie Odwołania w całości,

(II) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Budimex, jako oferty najkorzystniejszej, oraz nakazanie ponownego badania i oceny oferty złożonych w Postępowaniu, a w jej następstwie

wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
(III) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu Odwołania na okoliczności tam wskazane oraz dokumentów, które zostaną złożone na rozprawie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas tezach dowodowych,
(IV) przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków.
W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę PORR S.A z siedzibą w Warszawie,Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 czerwca 2024 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.
Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A. (Lider Konsorcjum)z siedzibą w Warszawie, Roverpol sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Rover Maritime S.L. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Walencji (Hiszpania).
Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca NDI S.A.z siedzibą w Sopocie.
Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego i odwołującego.
Przystępujący - Budimex S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Roverpol sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Rover Maritime S.L. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Walencji (Hiszpania) -pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2024 r. (pismo z dnia 24 czerwca 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.
Przystępujący - NDI S.A.z siedzibą w Sopocie - pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2024 r. (pismo z dnia 21 czerwca 2024 r.) wnosił o uwzględnienie odwołania w całości popierając stanowisko Odwołującego.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli, w przypadkach, o których mowa w , doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Zgodnie z art. 119 ustawy PZP, Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w , oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.
Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.
Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.
Zgodnie ,z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, .Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , 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, chyba że:
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępujących, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępujących, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, iż umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3, nr 4, nr 5, nr 6 odwołania, ze względu na cofnięcie ww. zarzutów na posiedzeniu przez Odwołującego. Pozostałe sformułowane przez Odwołującego zarzuty (zarzut nr 1, nr 2, nr 7) w ocenie Izby nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 119 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, że podmiot udostępniający zasoby Konsorcjum Budimex, tj. Wuprohyd brał udział w przygotowaniu postępowania w szerszym zakresie niż opisał to w jedz sam Wuprohyd i Konsorcjum Budimex, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że zarzut postawiony przez Odwołującego jest postawiony wadliwie (na co zwrócił uwagę również Przystępujący na rozprawie), ponieważ zarzut art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP odnosi się w swojej normie do postanowień art. 85 ust. 1 ustawy PZP, a Odwołujący nie podniósł zarzutu niedochowania przez Zamawiającego wymogów wynikających z art. 85 ust. 1 ustawy PZP, tj. że Zamawiający nie podjął odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział Wuprohydu Sp. z o.o. w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, nie przekazał pozostałym Wykonawcom biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu istotnych informacji (Analiz falowania z 2018 r., 2022 r., 2023 r.), nie wyznaczając przy tym odpowiedniego terminu na złożenie ofert.

Izba zważa, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli, w przypadkach, o których mowa w , doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z kolei zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. , z 2022 r. i oraz z 2023 r.), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Biorąc pod uwagę zapisy ww. przepisów, w ocenie Izby, aby doszło do zastosowania dyspozycji art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP przez Zamawiającego, konieczne jest nie tylko wykazanie, że dany podmiot „doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia", ale również, że na skutek tego „doszło do zakłócenia konkurencji".

Izba zważa, że podmiot udostępniający zasoby Wuprohyd Sp. z o.o. w JEDZ złożonym w przedmiotowym postępowaniu w Części III – Podstawy wykluczenia w pkt C (Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi), na pytanie: *Czy wykonawca lub przedsiębiorstwo związane z wykonawcą doradzał(-o) instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu bądź był(-o) w inny sposób zaangażowany(-e) w przygotowanie*

postępowania o udzielenie zamówienia? udzielił następującej odpowiedzi: *Wuprohyd Sp. z o.o. uczestniczyła w przygotowaniu koncepcji dotyczącej przedmiotowego postępowania, poprzedzającej przygotowanie Programu Funkcjonalno – Użytkowego. Zakres działań Wuprohyd zakończył się wraz z przygotowaniem koncepcji i podmiot ten nie był zaangażowany w dalsze, bezpośrednie przygotowanie postępowania w żadnej formie, w tym nie uczestniczył w opracowaniu Programu Funkcjonalno – Użytkowego, stanowiącego bezpośrednią podstawę do przygotowania oferty. W związku z przygotowaniem koncepcji Wuprohyd nie uzyskał żadnych danych, które nie byłyby objęte treścią PFU i nie byłyby dostępne na równych zasadach wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia.*

Powyższa odpowiedź Wuprohyd Sp. z o.o. koresponduje z oświadczeniem zawartym w JEDZ pozostałych członków Konsorcjum, którzy na w/w pytanie udzielili następującej odpowiedzi: *Wykonawca nie był zaangażowany w przygotowanie postępowania i względem wykonawcy nie aktualizują się przesłanki wykluczenia określone w art. 85 ust. 1 Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp. Z daleko idącej ostrożności, celem zachowania pełnej transparentności, Wykonawca informuje jednocześnie, że korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, tj. Wuprohyd Sp. z o.o., która uczestniczyła w przygotowaniu koncepcji dotyczącej przedmiotowego postępowania, poprzedzającej przygotowanie Programu Funkcjonalno – Użytkowego. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez ten podmiot, zakres działań Wuprohyd zakończył się wraz z przygotowaniem koncepcji i podmiot ten nie był zaangażowany w dalsze, bezpośrednie przygotowanie postępowania w żadnej formie, w tym nie uczestniczył w opracowaniu Programu Funkcjonalno – Użytkowego, stanowiącego bezpośrednią podstawę do przygotowania oferty. Zgodnie z informacjami przekazanymi przez ten podmiot, w związku z przygotowaniem koncepcji Wuprohyd nie uzyskał żadnych danych, które nie byłyby objęte treścią PFU i nie byłyby dostępne na równych zasadach wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Żadne takie informacje nie zostały też przekazane Wykonawcy.*

Izba zważa, że Wuprohyd Sp. z o.o. opracował wielobranżową koncepcję Portu Zewnętrznego w ramach zadania: „Budowa Portu zewnętrznego w Porcie Gdynia", na podstawie Umowy nr 11/KJ/I/2018 z dnia 26 lutego 2018 r., zakończonej protokołem odbioru z dnia 11 marca 2021 r., przy czym koncepcja ta odnosiła się do całego Portu Zewnętrznego, obejmująca również umiejscowienia i typy falachronów osłonowych, która swym rozmiarem obejmowała, jak to wskazał Zamawiający na rozprawie, obszar 130 ha.

W dniu 18 listopada 2021 r. została zawarta kolejna umowa nr 1/XI/2021 z dnia 18 listopada 2021 r., której przedmiotem było m.in. opracowanie uproszczonej koncepcji Portu Zewnętrznego, zakończonej protokołem odbioru wykonanego opracowania z dnia 4 maja 2022 r., zaś końcowe rozliczenie ww. umowy nastąpiło w dniu 5 lipca 2023 r. protokołem odbioru przedmiotu umowy, po uzyskaniu przez Zamawiającego decyzji o lokalizacji inwestycji w zakresie budowy Portu Zewnętrznego w Porcie Gdynia, która swym rozmiarem obejmowała, jak to wskazał Zamawiający na rozprawie, obszar 25 ha stanowiący tylko kawałek Portu Zewnętrznego. Tym samym, w ocenie Izby nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego na rozprawie, iż opracowanie uproszczonej koncepcji Portu Zewnętrznego na podstawie umowy nr 1/XI/2021 z dnia 18 listopada 2021 r., jest drugą koncepcją, nie obejmującą swym zakresem oświadczenia JEDZ. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż opracowanie uproszczonej koncepcji Portu Zewnętrznego w dalszym ciągu odnosiło się do złożonej i wieloaspektowej koncepcji całego Portu Zewnętrznego wynikającej z umowy z dnia 26 lutego 2018 r. w ramach zadania „Budowa Portu Zewnętrznego w porcie Gdynia".

Następnie Zamawiający, po uzyskaniu opracowania od Wuprohyd Sp. z o.o. uproszczonej koncepcji Portu Zewnętrznego zakończonej protokołem odbioru wykonanego opracowania z dnia 4 maja 2022 r., zlecił biuru projektowemu, tj. Antea Polska S.A opracowanie PFU na potrzeby przedmiotowego postępowania, na podstawie umowy nr 62/SW/I/2022 z dnia 1 września 2022 r.

Niezależnie od zlecenia wykonania przez Wuprohyd Sp. z o.o. wielobranżowej koncepcji Portu Zewnętrznego w ramach zadania: „Budowa Portu zewnętrznego w Porcie Gdynia", Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. zlecił Instytutow Morskiemu Uniwersytetu Morskiego w Gdyni opracowanie pn. „Analiza falowania w Porcie zewnętrznym w Gdyni dotyczącej zmodyfikowanego układu falochronów dla koncepcji Rozbudowy Portu" na podstawie umowy nr 69/MŁ/I/2022 z dnia 30 marca 2022 r. zawartej przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z Uniwersytetem Morskim w Gdyni, przy czym ww. Analiza falowania stanowiła część dokumentacji archiwalnej, zgodnie z pkt 1.1.4 PFU.

Izba zważa, że w wyniku zapytań do SWZ przez Wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu, Zamawiający przekazał Wykonawcom Analizę falowania w drodze modyfikacji SWZ w dniu 15 grudnia 2023 r. W wyniku powyższej modyfikacji SWZ dodano Załącznik nr 19 do SWZ obejmujący w/w Analizę falowania datowanej na styczeń 2023 r., w którym znajduje się na stronie 12 zdanie: *Biorąc pod uwagę, że przedstawione powyżej wyniki otrzymano dla bardzo silnego sztormu wschodniego o okresie powtarzalności raz na 100 lat oraz uwzględniając warunek ustalony z Biurem Projektowym WUPROHYD, że maksymalna wysokość fali znaczącej w sąsiedztwie nabrzeży terminali kontenerowych nie powinna przekraczać 1.3 m (Hs ≤ 1.3 m), a w sąsiedztwie nabrzeży Basenu Zachodniego 1.0 m (Hs ≤ 1.0 m) w celu zapewnienia możliwości postoju i cumowania jednostek, należy stwierdzić, że port będzie dobrze osłonięty również w Fazie I jego rozbudowy.*

Następnie w drodze kolejnej modyfikacji SWZ (tj. modyfikacji z dnia 31 stycznia 2024 r. udostępnionej na platformie, na której powadzone jest przedmiotowe postępowanie w dniu 2 lutego 2024 r.) Zamawiający przekazał wykonawcom Analizę falowania z 2018 r. wraz z oceną transportu rumowiska w rejonie planowanego Portu Zewnętrznego w Gdyni, stanowiącą Załącznik nr 30 do SWZ oraz Analizę falowania z 2022 r. dla zmodyfikowanych wariantów układu falochronów Portu Zewnętrznego w Gdyni stanowiącym, stanowiącą Załącznik nr 31 do SWZ.

Izba zważa, że w dokumencie pn. Analiza falowania z 2022 r. dla zmodyfikowanych wariantów układu falochronów Portu Zewnętrznego w Gdyni, stanowiącym Załącznik nr 31 do SWZ, znajdują się na stronie 25 i 48 odpowiednio zdania: *W przeprowadzonych obliczeniach falowania w porcie przyjęto warunek, zgodnie z ustaleniami z Biurem Projektowym WUPROHYD, że maksymalna wysokość fali znacznej w sąsiedztwie nabrzeży terminali kontenerowych nie powinna przekraczać 1.3 m (Hs ≤ 1.3 m), a w sąsiedztwie nabrzeży Basenu Zachodniego 1.0 m (Hs ≤ 1.0 m)* oraz *Na podstawie zaproponowanych przez Biuro Projektowe WUPROHYD rozwiązań konstrukcyjnych w uzgodnieniu z biurem, przyjęto w obliczeniach numerycznych odpowiednie wartości współczynników odbicia fali dla poszczególnych, różniących się rozwiązaniami, odcinków projektowanych budowli hydrotechnicznych.*

Biorąc powyższe pod uwagę, w pierwszej kolejności, Izba zwraca uwagę, iż zgodnie z § 1 ust. 4 pkt Etap I ppkt 1 lit. A umowy z dnia 26 lutego 2018 r. na opracowanie wielobranżowej koncepcji Portu Zewnętrznego wynika, iż: „Koncepcje opracowane zostaną przy współudziale innej jednostki projektowej, której Zamawiający zleci wykonanie analizy falowania z oceną ruchu rumowiska dla tych koncepcji".

W ocenie Izby, WUPROHYD Sp. z o.o. miał więc w ramach wykonania zleconej koncepcji wielobranżowej opracować warianty realizacji przedsięwzięcia polegającego na budowie Portu Zewnętrznego, przy czym wytypowanie możliwych wariantów wymagało ze strony WUPROHYD Sp. z o.o. współpracy i uzgodnień m.in. z autorami Analizy falowania, co jednoznacznie wynika z umowy z dnia 26 lutego 2018 r. na opracowanie wielobranżowej koncepcji Portu Zewnętrznego. Przedstawiony dowód przez Odwołującego na posiedzeniu w postaci technicznych rozbieżności w realizacji pomiędzy różnymi typami konstrukcji falochronów, w ocenie Izby nie ma żadnego znaczenia, bowiem, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż dopiero w wyniku opracowań Analiz falowania w latach 2018-2023, Zamawiający mógł dokonać wyboru wariantu realizacji przedsięwzięcia, mimo, iż początkowo był to falochron skrzyniowy, potem narzutowy, półsztywny, mieszany, półsztywny, a ostatecznie skrzyniowy.

Izba zważa, że Odwołujący zarzuca, iż na bazie treści dokumentów zawierających Analizę falowania z listopada 2022 r. oraz ze stycznia 2023 r. Wuprohyd Sp. z o.o. prowadził uzgodnienia, bądź konsultacje w sprawie przedmiotu zamówienia już po zakończeniu prac wykazanych w JEDZ. Z treści przywołanych w odwołaniu fragmentów ww. dokumentów wynika, iż uzgodnienia autorów Analiz falowania z WUPROHYD Sp. z o.o. dotyczyły „maksymalnej wysokości fali znacznej w sąsiedztwie nadbrzeży terminali kontenerowych i nadbrzeży Basenu Zachodniego tak, by zapewniona została możliwość postoju i cumowania jednostek" oraz współczynników tłumienia różnych typów konstrukcji falochronów.

Jednakże, co istotne, z cytowanych w odwołaniu fragmentów nie wynika, kiedy ustalenia te miały miejsce. Odwołujący zakłada, że ustalenia te miały miejsce w dacie opracowywania kolejnych Analiz falowania, tj. w 2022 r. i 2023 r. W ocenie Izby takie założenie Odwołującego jest błędne, ponieważ, zdaje się Odwołujący nie zauważać, że fragment pochodzący z Analizy falowania z 2022 r., jak i Analizy falowania z 2023 r. jest w rzeczywistości cytatem obejmującym parametry fali z Analizy falowania z 2018 r.

Tym samym, w ocenie Izby, nie można czynić zarzutu Wuprohyd Sp. z o.o., że w oświadczeniu JEDZ złożonym Zamawiającemu w takich okolicznościach nie wskazał, że opracowując koncepcję, uzgadniał jej niektóre założenia z autorami Analizy falowania, zwłaszcza, że uzgodnienia te miały miejsce na etapie opracowywania koncepcji, zgodnie z postanowieniami umowy z dnia 26 lutego 2018 r. na opracowanie wielobranżowej koncepcji Portu Zewnętrznego.

Zdaniem Izby, tak samo należy rozumieć odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 352 do SWZ: „Zastosowany do obliczeń model falowy oparty na rozszerzonych równaniach Bussinesqa MIKE 21 BW jest modelem dwuwymiarowym, do którego wartości współczynników dobierano podczas konsultacji technicznych przeprowadzanych pomiędzy autorem koncepcji oraz zespołem odpowiedzialnym za budowę modelu numerycznego".

To, że Analizy falowania, czy odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 352 do SWZ wskazują na prowadzenie ustaleń/uzgodnień/konsultacji z biurem projektowym Wuprohyd Sp. z o.o. w ocenie Izby wcale nie oznacza, że miały one miejsce w dacie opracowywania danej Analizy.

Izba zważa, że z dowodów wniesionych przez Zamawiającego w postaci oświadczenia Pana T.M.ego z dnia 24 czerwca 2024 r. oraz oświadczenia Pana Ł.Ż.ego z dnia 24 czerwca 2024 r. wynika odpowiednio, iż: „W ramach realizacji opracowania pn. Analiza falowania w Porcie Zewnętrznym w Gdyni dot. zmodyfikowanego układu falochronów dla koncepcji Rozbudowy Portu" wykonanego na podstawie Umowy nr 69/MŁ/I/2022, informuję, że zakres konsultacji dokonywanych z WUPROHYD w trakcie realizacji na rzecz Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A ww. opracowania, nie

wykraczał poza dane wynikające z koncepcji opracowanej przez WUPROHYD (w latach 2018-2019), w szczególności dotyczył rozwiązań konstrukcyjnych przyjętych w koncepcji w celu określenia warunków odbicia fal w modelu. Dodatkowo oświadczam, że Instytut Morski Uniwersytetu Morskiego w Gdyni nie przekazywał WUPROHYD informacji nt. wyników opracowywanej analizy falowania. Analizy falowania wykonywane dla Zamawiającego – ZMPG w 2022 r. wraz z uzupełnieniem w 2023 r. dotyczyły badań rozkładu wysokości fali w obszarze Portu Zewnętrznego w związku z ograniczeniem zakresu Inwestycji przewidzianej w fazie I budowy portu. Dane batymetryczne, konstrukcyjne oraz dotyczące układu portu wymagane do obliczeń przyjęto na podstawie koncepcji budowy Portu Zewnętrznego w Gdyni. Należy wyraźnie podkreślić, że informacje uzyskane od ZMPG dotyczące zmiany zamierzeń inwestycyjnych, uwarunkowane względami ekonomicznymi, dotyczyły tylko skracania długości niektórych odcinków planowanych do wybudowania falachronów w tej fazie. Usytuowanie falochronów oraz kierunki ich przebiegu pozostawały zgodne z założeniami wypracowywanymi podczas tworzenia koncepcji budowy portu" oraz „W ramach realizacji Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFU), będącego dokumentem bazowym do wyceny składanych w postępowaniu ofert, informuję, że zakres konsultacji dokonywanych z WUPROHYD w trakcie realizacji na rzecz Zarządu Morskiego Portu Gdynia S.A ww. dokumentu, nie wykraczał poza dane wynikające z koncepcji opracowanej przez WUPROHYD. Ponadto, WUPROHYD nie brał udziału w tworzeniu Programu Funkcjonalno – Użytkowego, zaś w trakcie realizacji prac nad PFU wykorzystywane były wyniki prac koncepcyjnych Wuprohydu. Przede wszystkim kosztorys inwestorski, stanowiący podstawę do szacowania ceny zamówienia przez Zamawiającego w przywołanym postępowanie zlecanej inwestycji, nie był przedmiotem konsultacji z Wuprohydem, został przygotowany w oparciu o wiedzę ekspercką oraz właściwe wytyczne w tym zakresie".

W związku z powyższym, zdaniem Izby, nie ma podstaw do tego, aby przypisać Wuprohyd Sp. z o.o. opracowanie jakiegokolwiek dokumentu składającego się na treść PFU, czy też tego, iż uczestniczył bezpośrednio w opracowaniu PFU. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, iż Wuprohyd Sp. z o.o. przygotowywał jedynie koncepcje dla Portu Zewnętrznego w Porcie Gdynia, a więc dokumentację o charakterze ogólnym. Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2021 r., o sygn. akt KIO 2640/21: *„Opracowana koncepcja stanowi ogólny zarys przedmiotu zamówienia, na bazie którego ma powstać dopiero szczegółowa i kompleksowa dokumentacja projektowa".*

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, co zostało wykazane dowodami z dokumentów (omówionych powyżej), że twierdzenia Odwołującego są niezasadne, a dowody zeznań świadków nie mogły podważyć ustaleń wynikających z dokumentów.

Nadto Izba zważa, że podnoszone przez Odwołującego na rozprawie (co wynika z dowodu Odwołującego w postaci procesu zmian terminów złożenia oferty w odniesieniu do przekazania przez ZMPG kluczowych elementów dokumentacji i odpowiedzi), iż Zamawiający na pytanie nr 409 zmodyfikował/złagodził wymagania odnośnie współczynników odbicia KR i transmisji fali KT wobec udostępnienia na platformie Zamawiającego odpowiedzi z dnia 19 lutego 2024 r. oraz wobec udostępnienia na platformie Zamawiającego Analizy falowania z 2022 r. (załącznik nr 31 do SWZ) poprzez narzucenie wielkości współczynników odbicia KR i transmisji fali KT z dnia 2 lutego 2024 r., to Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że zmiana współczynników z 0,55 na 0,8 nastąpiła na wyraźną prośbę Odwołującego, na co zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie, a co nie było kwestionowane przez Odwołującego. Świadczą o tym poniższe słowa: „wnosimy o potwierdzanie, iż oczekiwany przez Zmawiającego parametr odbicia fali dla wyżej opisywanego odcinaka falochronu (Odcinek B i C) może zawierać się w przedziale Kr = 0,55 do 0,80.". Na tak zadane pytanie, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający potwierdza, że współczynnik odbicia falowania KR dla przedmiotowego rodzaju konstrukcji może zawierać się w zakresie od 0,55 do 0,8. Dobór odpowiedniego parametru leży po stronie Wykonawcy".

Niezależnie od powyższego, Izba chciałaby zwrócić uwagę, iż wszystkie opracowania sporządzone przez Wuprohyd Sp. z o.o. (koncepcje Portu Zewnętrznego) oraz Analizy falowania, co do których Wuprohyd Sp. z.o.o. udzielał informacji, w związku z wcześniejszym wykonaniem wielobranżowej koncepcji Portu Zewnętrznego w ramach zadania „Budowa Portu Zewnętrznego w Porcie Gdynia" zostały udostępnione Wykonawcom jako załączniki do SWZ, z odpowiednim wyprzedzeniem w stosunku do terminu składania ofert, przy czym rację ma Zamawiający, że nie ma znaczenia, że „część opracowań została udostępniona w wyniku pytań składanych przez Wykonawców do treści SWZ".

Istotne jest bowiem to, że ww. materiały zostały udostępnione wykonawcom z odpowiednim wyprzedzeniem, co wypełniało przesłankę wynikającą z art. 85 ust. 1 ustawy PZP, a w konsekwencji niwelowało ewentualne zakłócenie konkurencji związane z aktywnością Wuprohydu Sp. z o.o. w toku powstawania tych opracowań. Jak wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „Analiza falowania w Porcie zewnętrznym w Gdyni dotyczącej zmodyfikowanego układu falochronów dla koncepcji Rozbudowy Portu" została udostępniona w całości wykonawcom zainteresowanym wzięciem udziału w Postępowaniu w dniu 20 grudnia 2023 r. (jako załącznik nr 19 do SWZ) , a więc **na 89 dni przed upływem terminu składania ofert**"; „Analiza falowania wraz z oceną transportu rumowiska w rejonie

planowanego Portu Zewnętrznego w Gdyni" z 2018 r. została udostępniona wszystkim zainteresowanym wykonawcom w dniu 02 lutego 2024 r. (jako załącznik nr 30 do SWZ), a więc **na 45 dni przed upływem terminu składania ofert.".**
Ponadto Zamawiający wskazał, iż „w toku postępowania Zamawiający udostępnił wykonawcom w dniu 16 stycznia 2024 r., a więc na **62 dni przed upływem terminu składania ofert** Wyciąg z koncepcji realizacyjnej (jako załącznik nr 21 do SWZ) wykonanej przez Wuprohyd, a także w dniu 02 lutego 2024 r., a więc na **45 dni przed terminem składania ofert** Analizę falowania z 2022 r. dla całego pirsu Portu Zewnętrznego przy skróceniu falochronów (jako załącznik nr 31 do SWZ)".
Konkludując, brak jest podstaw do twierdzenia, że Przystępujący uzyskał przewagę konkurencyjną w niniejszym postępowaniu, co dyskwalifikuje zasadność zarzutu opartego na art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP w zw. z art. 119 ustawy PZP.
Izba zważa pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego na posiedzeniu nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia powyższego zarzutu.
Tym samym, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.
W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp (ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp) poprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, że Konsorcjum Budimex zataiło informację, że podmiot udostępniający zasoby Konsorcjum Budimex (Wuprohyd) brał udział w przygotowaniu postępowania, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest zdaniem Izby niezasadny.
Izba zważa, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, z kolei w myśl art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przy czym obie podstawy wykluczenia zostały wprowadzone przez Zamawiającego także w rozdziale X ust. 2 pkt 4 i 5 SWZ (Podstawy wykluczenia z postępowania).
Izba zważa, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP przede wszystkim dotyczy sytuacji, w której Wykonawca oświadcza nieprawdę, czyli przeinacza fakty albo potwierdza nieistniejące okoliczności. Wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy Wykonawca wie, że podlega wykluczeniu, a mimo to składa oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu, wprowadzając w błąd Zamawiającego albo, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu / kryterium selekcji, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia lub kryterium selekcji, przy czym informacje te mogły 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.
Z kolei rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności.
Izba chciałaby w tym miejscu również zwrócić uwagę, iż, aby doszło do naruszenia przepisu art. 109 ust.1 pkt 10 ustawy PZP, muszą zostać spełnione łącznie trzy przesłanki:

1. musi dojść do przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd,
2. przedstawienie wprowadzających w błąd informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
3. przedstawione informacje muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba zważa, że niedbalstwo można określić jako przeciwieństwo staranności, niepodjęcie określonych działań czy czynności przez lekceważenie ich znaczenia, albo wykonanie zadania w sposób niestaranny, bez dbałości o dokładność, rzetelność czy zgodność z ewentualnymi wymaganiami (prawnymi, technicznymi, formalnymi itp.). Z kolei lekkomyślność jest naruszeniem zasad ostrożności, polegającą na dopuszczeniu przez wykonawcę możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd przez przedstawienie informacji i jego bezpodstawnej ocenie, że to nie nastąpi.
Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba chciałaby podkreślić, iż informacje zawarte w JEDZ przez członków Konsorcjum Budimex, w tym w szczególności przez Lidera Konsorcjum - Budimex S.A. dotyczące braku zaangażowania podmiotu udostępniającego zasoby, wskazanego przez Konsorcjum, jako podmiot mający wykonać prace projektowe, tj. Wuprohyd Sp. z o.o. są informacjami, które w żaden sposób nie świadczą o zatajeniu informacji, czy też o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego.
W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż zarzucana przez Odwołującego aktywność Wuprohydu Sp. z o.o.

sprowadzała się jedynie do podania danych do obliczeń, jakie Wuprohyd Sp. z o.o. przyjmował dla wykonania realizowanej przez siebie wielobranżowej koncepcji Portu Zewnętrznego. Powyższe jasno wynika z cytowanych przez Odwołującego fragmentów opracowania zrealizowanego przez Instytut Morski (przekazywane dane dotyczyły maksymalnej wysokości fali oraz wartości współczynników odbicia fali).

Fakt powoływania się przez autora Analiz falowania na konsultacje z autorem koncepcji, tj. Wuprohyd Sp. z.o.o., nie świadczy jeszcze w ocenie Izby o udzielaniu mu jakichkolwiek informacji dających przewagę konkurencyjną w przedmiotowym postępowaniu.

Warto w tym miejscu zauważyć, że Wuprohyd Sp. z o.o. nie jest autorem Analiz falowania, zaś przytoczone przez Odwołującego fragmenty z późniejszych Analiz falowania wcale nie dowodzą tego, że po podpisaniu protokołu odbioru wykonanej koncepcji w dniu 11.03.2021 r., Wuprohyd Sp. z o.o. miał udzielać konsultacji, czy też uzgadniać dodatkowe kwestie z autorami Analiz falowania, ponieważ, jak słusznie zauważył Zamawiający, fragmenty te nie wskazują czasu odbycia tych konsultacji.

W ocenie Izby w późniejszych Analizach falowania z 2022 r. i z 2023 r., co zresztą Izba wskazywała w ramach uzasadnienia zarzutu nr 1, zawarto de facto odniesienia do konsultacji z Wuprohydem Sp. z.o.o. wynikających z umowy z dnia 26 lutego 2018 r. na opracowanie koncepcji wielobranżowej w ramach zadania „Budowa Portu Zewnętrznego w Porcie Gdynia", a tym samym uzgodnienia co do „maksymalnej wysokości fali znacznej w sąsiedztwie nadbrzeży terminali kontenerowych i nadbrzeży Basenu Zachodniego tak, by zapewniona została możliwość postoju i cumowania jednostek" zostały uzgodnione na etapie opracowywania koncepcji wielobranżowej i wprowadzone do Analizy falowania z 2018 r., a następnie w niezmienionym kształcie wartość ta została kolejno przyjęta przy opracowywaniu Analiz falowania z 2022 r. i z 2023 r.

Izba wskazuje, za Zamawiającym, iż nową informacją, która pojawiła się w ostatecznej Analizie falowania z 30.01.2023 r. są nowe wartości współczynników odbicia i przenoszenia falowania, przy czym współczynniki te wynikają z konsultacji z Wuprohydem Sp. z.o.o., które jednak nie wiązały się z udziałem Wuprohydu Sp. z o.o. w tworzeniu tej Analizy, tylko konsultacje autora ostatecznej Analizy falowania z Wuprohydem Sp. z o.o. w 2018 r. pozwoliły na to, żeby autor ostatecznej Analizy falowania przyjął określone wartości tych współczynników.

Konkludując, przyjęcie przez autorów Analiz falowania za wiążące uzgodnień z lat 2018 – 2021 na potrzeby opracowywania Analiz z 2022 r. i z 2023 r. nie jest zdaniem Izby równoznaczne z tym, że WUPROHYD Sp. z o.o. brał udział w przygotowaniu przedmiotowego postępowania w zakresie innym niż wynikałoby to z jego oświadczenia JEDZ.

Jednakże, co istotne, Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, by oświadczenie zawarte w JEDZ - WUPROHYD Sp. z o.o. i Przystępującego, było niezgodne z prawdą, czy wprowadzające w błąd Zamawiającego, czy to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, czy też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, że Wuprohyd Sp. z o.o. po dacie 11.03.2021 r. udzielał konsultacji dotyczących wykonanej przez siebie koncepcji na potrzeby opracowania kolejnych Analiz falowania (co w żaden sposób nie zostało to udowodnione przez Odwołującego), to zdaniem Izby udzielone konsultacje mieściły się w zakresie prac koncepcyjnych i należały do zakresu pojęcia „przygotowanie koncepcji" zawartym w JEDZ.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

W konsekwencji niezasadny jest również zarzut nr 7, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex**.**

II.KIO 2025/24:

Zamawiający – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni reprezentowany przez Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. w Gdyn – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Budowa falochronów osłonowych, stanowiących wodną infrastrukturę dostępową do Portu Zewnętrznego w Porcie Gdynia, w formule zaprojektuj i wybuduj"* - Numer sprawy: ZU/227/SWZ-47/KJ/MG/202.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiejpod numerem 220/2023: 00694277-2023.

W dniu 10 czerwca 2024 r. wykonawca NDI S.A. z siedzibą w Sopociewniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (i) Budimex S.A; (ii) Roverpol Sp. z o.o.; (iii) Rover Maritime S.L. (dalej jako: **"Konsorcjum"** lub **"Wykonawca"**) pomimo tego, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i pkt 10) ustawy Pzp w związku z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp;

2) zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp;

3) zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp;

ewentualnie także:

4) zaniechania czynności wezwania Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 3 pkt 2) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: "**SWZ**");

5) zaniechania czynności wezwania Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 4 pkt 1) SWZ;

6) zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku istnienia przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1) w zw. z pkt 2) ustawy Pzp w formie określonej w § 6 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. 2020 poz. 2452; dalej jako: "**Rozporządzenie**").

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) **226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem członkowie konsorcjum Wykonawcy – Budimex S.A. oraz Roverpol Sp. z o.o. - nie dokonali skutecznego samooczyszczenia;

2) **226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp, albowiem wobec członka konsorcjum Wykonawcy - Budimex S.A. zachodzi podstawa do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp;

3) **226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, albowiem wobec członka konsorcjum Wykonawcy - Roverpol Sp. z o.o. zachodzi podstawa do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp;

ewentualnie także:

4) **art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp** poprzez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 3 pkt 2) SWZ, albowiem przedstawione przez Wykonawcę dokumenty podmiotowe dotyczące sytuacji ekonomicznej nie potwierdzają tego warunku;

5) **art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp** poprzez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 4 pkt 1) SWZ, albowiem przedstawione przez Wykonawcę dokumenty podmiotowe dotyczące wiedzy i doświadczenia nie potwierdzają spełnienia tego warunku;

6) **art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp** poprzez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku istnienia przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1) w zw. z pkt 2) ustawy Pzp w formie określonej w § 6 ust. 1 Rozporządzenia, albowiem przedstawione przez Wykonawcę podmiotowe środki dowodowe zostały złożone w niewłaściwej formie.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej;

2) dokonania ponownego badania i oceny ofert;

3) odrzucenia oferty Wykonawcy (i) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i b) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp oraz (ii) na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) oraz pkt 10) ustawy Pzp;

4) *ewentualnie* wezwanie Wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX ust. 3 pkt 2) oraz ust. 4) pkt 1) SWZ oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 1) oraz pkt 2) ustawy Pzp.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę NDI S.A. z siedzibą w Sopocie,Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 czerwca 2024 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o

udzielenie zamówienia: Budimex S.A. (Lider Konsorcjum)z siedzibą w Warszawie, Roverpol sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Rover Maritime S.L. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Walencji (Hiszpania).

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpił wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego i odwołującego.

Przystępujący - PORR S.A. z siedzibą w Warszawie – zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego w zakresie wszystkich zarzutów (za wyjątkiem jednakże zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) PZP oraz art. 128 ust. 4 PZP dot. zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci Wykazu zrealizowanych robót).

Przystępujący - Budimex S.A. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Roverpol sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Rover Maritime S.L. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Walencji (Hiszpania) -pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2024 r. (pismo z dnia 24 czerwca 2024 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący - PORR S.A. z siedzibą w Warszawie -pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2024 r. (pismo z dnia 21 czerwca 2024 r.) wnosił o uwzględnienie odwołania w całości z zastrzeżeniem, że żądanie to nie odnosi się do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) PZP oraz art. 128 ust. 4 PZP dot. zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci Wykazu zrealizowanych robót, do którego Przystępujący nie przystąpił.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 110 ust. 3 ustawy PZP, 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.

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

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP, .Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , 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, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z 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. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępujących, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestników postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu

zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępujących, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, iż umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 4 (zarzut ewentualny), nr 6 (zarzut ewentualny) odwołania, ze względu na cofnięcie ww. zarzutów na posiedzeniu przez Odwołującego. Pozostałe sformułowane przez Odwołującego zarzuty (zarzut nr 1, nr 2, nr 3 i nr 5) w ocenie Izby nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i pkt 10) ustawy Pzp w związku z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy w związku z nieskutecznym dokonaniem samooczyszczenia przez Budimex S.A. oraz Roverpol Sp. z o.o.; art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z Postępowania pomimo tego, że wobec Budimex S.A. podlega wykluczeniu oraz art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z Postępowania pomimo tego, że wobec Roverpol Sp. z o.o. podlega wykluczeniu, są w ocenie Izby niezasadne.

Izba wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Budimex S.A w złożonym dokumencie JEDZ udzielił pozytywnej 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?",* z kolei na pytanie: „Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie")?" Wykonawca Budimex S.A udzielił odpowiedzi „Nie".

Izba zważa, iż Wykonawca Budimex S.A. na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy PZP do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przedstawił m.in. zaktualizowany JEDZ wraz z załącznikiem, tj. *„Informacja o przeprowadzeniu przez Wykonawcę procedury self-cleaning w związku z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp"* z dnia 25 marca 2024 r.

W Informacji tej wskazano, że Budimex S.A. biorąc udział w postępowaniu prowadzonym przez Sprava Zeleznic (czeskiego odpowiednika PKP PLK S.A.) pn. *"Przebudowa peronów i utworzenie dostępu bez barier na dworcu kolejowym w Lovosice*" został wykluczony na podstawie § 48 pkt 2 lit. c czeskiej ustawy o zamówieniach publicznych.

W opisie stanu faktycznego Budimex S.A. wskazał, że brał udział w postępowaniu wspólnie z Viamont Servis a.s. z siedzibą w Czechach, z którym miał konsultować treść dokumentów składanych w przetargu.

Następnie Wykonawca Budimex S.A. przedstawił opis wdrożonych środków zaradczych mających na celu zapobiegnięcie podobnym zdarzeniom w przyszłości, w tym reorganizację personelu, usprawnienie systemu sprawozdawczości i kontroli, wprowadzenie wewnętrznych regulacji.

Wykonawca Budimex S.A. poinformował również o zakończeniu współpracy z Viamont Servis a.s. poprzez dokonanie zmian w systemach informatycznych, które mają blokować możliwość nawiązania relacji handlowych z tym podmiotem w przyszłości.

Nadto Izba zważa, że Wykonawca Roverpol Sp. z o.o. przedstawił zaktualizowany JEDZ, w którym udzielono również pozytywnej 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?",* z kolei na pytanie: „Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie")?" Wykonawca Roverpol Sp. z o.o. udzielił odpowiedzi „Nie".

Izba zważa, że załącznikiem do JEDZ Wykonawcy Roverpol Sp. z o.o. była nota informacyjna z dnia 20 maja 2024 r., w którym wskazano m.in.: *„Wykonawca wskazuje, że od kilku zamawiających otrzymał informację o nałożeniu kar umownych o tzw. „bagatelnej" wartości, nieprzekraczającej 0,1% wartości realizowanej umowy, które były związane z realizacją obowiązków ubocznych o charakterze formalno- administracyjnym. Obowiązki takie pojawiają się w umowach o*

roboty budowlane, ale nie dotyczą istoty umowy o roboty budowlane czyli prawidłowej realizacji obiektu budowlanego. I tak, w ciągu ostatnich 3 lat na Wykonawcę nałożono kary umowne porządkowe lub o charakterze formalno-administracyjnym za uchybienia związane m.in. z:

• nieprzedłożeniem zamawiającemu do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo;

• nieprzestrzeganiem przez Wykonawcę obowiązku zachowania porządku i czystości na placu budowy;

• nieprzestrzegania obowiązku utrzymania w czystości placu i terenu budowy w okresie zimowym;

• nieobecności na placu budowy wymaganego umową personelu;

• niedostarczeniem w terminie mapy inwentaryzacji powykonawczej opatrzonej klauzulą przyjęcia do Państwowego Zasobu Geodezyjnego.

W ocenie Wykonawcy, powyższe uchybienia w żaden sposób nie mogą być kwalifikowane jako uchybienia świadczące o braku profesjonalizmu lub rzetelności zawodowej Wykonawcy. Wykonawca wskazuje także, że odpowiedź na wskazane powyżej pytanie w dokumencie JEDZ powinna być skorelowana z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowiącego o przesłankach wykluczenia z postępowania. (…)".

Przechodząc do poszczególnych zarzutów, Izba w pierwszej kolejności odniesie się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy Budimex S.A. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy PZP w zw. z art. 110 ust. 3 ustawy PZP.

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

Natomiast w myśl art. 110 ust. 3 ustawy PZP, 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.

Izba zważa, że celem samooczyszczenia jest umożliwienie Wykonawcy udowodnienia, że pomimo istnienia wobec niego przesłanek wykluczenia, daje on gwarancję rzetelnego działania. Gwarancja ta jest zapewniona poprzez realne, a nie pozorne wdrożenie działań opisanych w art. 110 ust. 2 ustawy PZP.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 375/22, w którym to Izba zwróciła uwagę, iż: „*procedura samooczyszczenia nie może mieć charakteru pozornego. W sposób rzetelny i kompletny powinna wyczerpywać wymogi ujęte przez ustawodawcę w art. 110 ust. 2 p.z.p. Tylko w ten bowiem sposób możliwe jest zadośćuczynienie celowi, jaki, zdaniem zarówno unijnego, jak i polskiego ustawodawcy, przyświeca tej procedurze, a jakim jest zapewnienie uniknięcia analogicznych sytuacji w przyszłości*".

Pierwszym z argumentów powoływanych przez Odwołującego w zakresie nieskuteczności wdrożonego u Wykonawcy Budimex S.A. self-cleaningu jest fakt, że dołączone dowody mające potwierdzić wdrożenie „działań zaradczych" datowane są na ten sam dzień, tj. 30 stycznia 2023 r.

Izba zważa, że w powyższej dacie podpisane zostały następujące dokumenty stanowiące załączniki do self-cleaningu w postępowaniu prowadzonym pn. „Przebudowa peronów i utworzenie dostępu bez barier na dworcu kolejowym w Lovosicach" (dalej: Lovosice):

1) wniosek o dokonanie zmian w systemach Budimex S.A. powodujących zakaz współpracy i dokonywania rozliczeń z Viamont Servis A.S. z siedzibą w Republice Czeskiej (Dowód nr 5A do self-cleaningu),

2) wydruk z systemu informatycznego Wykonawcy ze wskazaniem blokady możliwości współpracy z Viamont sp. z o.o. (Dowód nr 5B do self-cleaningu),

3) zaświadczenie Działu Rozwoju i Szkoleń Budimex S.A. w przedmiocie szkoleń z zakresu prawa zamówień publicznych i ich zakresu tematycznego (Dowód nr 6 do self-cleaningu),

4) zalecenia w zakresie weryfikacji informacji składanych przez Budimex S.A. w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (Dowód nr 7 do self-cleaningu).

Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, iż do wykluczenia Budimex S.A. z postępowania Lovosice doszło w dniu 28 listopada 2022 r., a przygotowanie całej procedury samooczyszczenia, jak wskazał Przystępujący, zajęło 65 dni, liczone od dnia wykluczenia z postępowania Lovosice, do dnia przygotowania całości pisma z wyjaśnieniami oraz kompletu załączników.

W ocenie Izby to, że procedura samooczyszczenia była rozciągnięta w czasie, jest niczym nadzwyczajnym, ponieważ wymagała kompleksowego przeanalizowania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, a nie fikcyjnego wdrożenia narzędzi zaradczych i naprawczych.
Zdaniem Izby, datowanie ww. dokumentów z tą samą datą, tj. 30 stycznia 2023 r. wcale nie oznacza, jak sugeruje Odwołujący, o braku wdrożenia „działań zaradczych", bowiem w ocenie Izby data 30 stycznia 2023 r. była jedynie datą podpisania przygotowanych wcześniej i zweryfikowanych środków naprawczych i zaradczych.
Tym samym, Izba uznała tłumaczenie Wykonawcy Budimex S.A za wiarygodne i racjonalne, a tym samym w żadnej mierze nie mogą stanowić o pozorności samooczyszczenia.
Izba wzięła pod uwagę również to, że niezwłocznie po przygotowaniu kompletu dokumentów i wdrożeniu odpowiednich procedur związanych z samooczyszczeniem w dacie 30 stycznia 2023 r., Wykonawca Budimex S.A. poinformował wszystkie komórki odpowiedzialne w swojej organizacji za składanie ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, o konieczności doprowadzenia do aktualizacji stanu wiedzy wszystkich Zamawiających we wszystkich toczących się obecnie postępowaniach przetargowych o przypadku Lovosice.
Drugi z argumentów powołanych przez Odwołującego dotyczący nieskuteczności przeprowadzonej procedury self-cleaningu odnosi się do braku publicznego notyfikowania akcjonariuszom informacji o zakończeniu współpracy z Viamont Servis a.s. i wpisaniu tej spółki na „czarną listę" w Budimex S.A.
W pierwszej kolejności, należy zauważyć, że Budimex S.A. jako spółka notowana na Giełdzie Papierów Wartościowych zobowiązana jest do upubliczniania informacji poufnych, które mogą mieć wpływ na zmiany ceny akcji, co wynika z obowiązków informacyjnych wynikających na podstawie ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku, wytycznych Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych oraz Komisji Nadzoru Finansowego.
Mając powyższe pod uwagę, Izba podkreśla, iż z ww. aktów prawnych, czy wytycznych nie wynika, aby spółki giełdowe, w tym Wykonawca Budimex S.A, będący również spółką giełdową notowaną na GPW S.A. był zobligowany do przekazania informacji na temat wydania wewnętrznego zarządzenia, czy polityki działania względem kontrahentów, w tym w szczególności podania do publicznej wiadomości informacji o wpisaniu na wewnętrzną „czarną listę" firmy Viamont Servis a.s.
Izba zważa, że Odwołujący podnosi tezę, że „Budimex S.A. jako spółka giełdowa jest zobowiązana również do notyfikowania publicznie informacji o zakończeniu współpracy z danym podmiotem", nie przedstawiając przy tym na poparcie swojej tezy żadnego dowodu, a tym samym w ocenie Izby jest on bezzasadny.
Kolejną kwestią, która zdaniem Odwołującego miałaby świadczyć o braku skuteczności przeprowadzonej procedury samooczyszczenia dotyczy kwestii szkoleń z zakresu zamówień publicznych.
Izba zważa, że Odwołujący, powołując się na załącznik nr 6 do procedury wskazuje, iż zarządzenie odnosiło się do zaplanowanych w kolejnych kwartałach 2023 r. szkoleń, podnosząc „pomimo upływu tak znacznego okresu czasu, Budimex S.A. nie wykazał w żaden sposób, że szkolenia faktycznie się odbyły, a pracownicy otrzymali właściwą wiedzę we wskazywanym w dokumencie zakresie".
Izba w pierwszej kolejności chciałaby podkreślić, iż zgodnie z wyjaśnieniami przekazanymi przez Wykonawcę Budimex S.A. w ramach self-cleaningu, szkolenia te odbywają się w Budimex S.A. co kwartał i aktualnie jest to standardowy element działalności, który został na stałe wprowadzony wśród pracowników mających do czynienia ze składaniem ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.
Na potwierdzenie powyższego Wykonawca Budimex S.A. przedstawił dowód w postaci zaświadczenia Dyrektora Biura Rozwoju i systemów HR Budimex S.A. w sprawie odbytych szkoleń z zakresu Prawa zamówień publicznych wraz z załącznikami (szkolenie prowadzone przez Kancelarię Zamówień Publicznych Artur Wawryło, program szkolenia dla firmy Budimex), z których jednoznacznie wynika, że w okresie od 1 marca 2023 r. do dnia 16 maja 2024 r. odbyło się łącznie siedem szkoleń dla pracowników Budimex S.A. z zakresu ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dodatkowo w ramach organizacji i Programu „Akademia Kontraktowca" – Blok Prawny, odbyło się szkolenie dla grupy 22-osobowej w terminie 8-9 lutego 2023 r., jak również
odbyły się dwa szkolenia dla pracowników Biura Handlowego (40 osób), w dniach 6.06.2023 r. (zakres podstawowy) i 21.06.2023 r. (poziom zaawansowany).
Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, nieuprawnione jest stwierdzenie Odwołującego o braku skuteczności przeprowadzonej procedury samooczyszczenia w kwestii szkoleń z zakresu zamówień publicznych, zwłaszcza, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu przeciwnego, aby było inaczej.
Kolejnym argumentem Odwołującego mającym świadczyć o nieskuteczności wdrożonej procedury self-cleaningu jest kwestia braku przyznania się, że Wykonawca Budimex S.A. jest winnym wprowadzenia czeskiego zamawiającego w błąd, tj. Sprava Zeleznic w postępowaniu prowadzonym pn. *"Przebudowa peronów i utworzenie dostępu bez barier na*

dworcu kolejowym w Lovosice".

Izba zważa, że zdaniem Odwołującego „W samooczyszczeniu Budimex S.A. przerzuca całą odpowiedzialność za powstałe zdarzenie na swojego współkonsorcjanta. Z treści samooczyszczenia można wyczytać, że Budimex S.A. uważa się za rzetelnego i uczciwego wykonawcę, który został wprowadzony w błąd przez nieuczciwego współkonsorcjanta. Taki zabieg stanowi element "oczyszczenia" Budimex S.A. z odpowiedzialności za zaistniałe zdarzenie, co nie ma nic wspólnego z procedurą samooczyszczenia określoną w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp".

Izba w pierwszej kolejności wskazuje, iż zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy PZP, 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.

Biorąc powyższy przepis pod uwagę, który w swej normie odnosi się do okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10, Izba stoi na stanowisku, że brak jednoznacznego sformułowania przez Wykonawcę Budimex S.A. słów stwierdzających przyznanie się do winy, nie oznacza jeszcze tego, że de facto Wykonawca swojego deliktu nie uznaje, czy też mu zaprzecza, o czym świadczą słowa Wykonawcy Budimex S.A.: „Spółka uznaje, że powinna poinformować w składanych przez siebie dokumencie JEDZ o zaistniałej sytuacji, kwalifikując ją jako zbliżoną do dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, i w następstwie tego przeprowadzić procedurę samooczyszczenia w celu uniknięcia konsekwencji wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp". Tym samym, w ocenie Izby, „przyznanie się do winy" może zostać przekazane w różny sposób w zależności od okoliczności danej sprawy.

Izba wzięła pod uwagę również to, iż w treści pisma z wyjaśnieniami stanowiącego podstawę procedury samooczyszczenia, Wykonawca Budimex S.A. opisał szczegółowo przypadek Lovosice, wskazując, że od samego początku nawiązania popełnił błąd w wyborze konsorcjanta, w zbyt daleko idącym stopniu polegał na oświadczeniach i dokumentach przekazanych przez konsorcjanta i ostatecznie w sposób niewystarczający zweryfikował doświadczenie zawodowe potencjału tegoż konsorcjanta.

Konkludując, Izba podziela argumentację Przystępującego, iż żądanie użycia przez Wykonawcę Budimex S.A. konkretnych słów w treści self-cleaningu w okolicznościach niniejszej sprawy świadczyłoby o „nieskuteczności i fasadowym charakterze przeprowadzonej procedury self-cleaningu".

Poza tym, Izba w niniejszej sprawie nie będzie rozstrzygać, co do podstaw wykluczenia Wykonawcy Budimex S.A. na podstawie § 48 pkt 2 lit c czeskiej ustawy w kontekście przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w ramach samooczyszczenia, ponieważ kwestia ta była już przedmiotem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, a zarzut w ocenie Izby dotyczył okoliczności braku „przyznania się do winy" przez Przystępującego.

Przechodząc z kolei do stwierdzenia Odwołującego, iż Wykonawca Budimex S.A. w dalszym ciągu przedstawia nieprawdziwe informacje, a działania zaradcze podjęte w ramach dokonywanego samooczyszczenia były nieskuteczne, powołując się na dwa postępowania, w których Wykonawca Budimex S.A. brał udział, tj. *Budowa i przebudowa płaszczyzn lotniskowych w Porcie Lotniczym we Wrocławiu* (dalej: „Port Lotniczy Wrocław"), *Budowa autostrady D11 od Trutnova do granicy z Polską* (dalej: „D11 Trutnov"), należy w pierwszej kolejności zauważyć, że Odwołujący na poparcie swoich tez nie przedstawił żadnych adekwatnych dowodów, dołączając do odwołania tylko wydruk ze strony internetowej, dotyczącym przypadku D11 Trutnov (pt. Kto wybuduje przedłużenie S3 po czeskiej stronie? Budimex nadal walczy o kontrakt), co w ocenie Izby, już samo to powoduje, że zarzut ten jest nieskuteczny i jako taki podlega oddaleniu.

Odnosząc się do Portu Lotniczego we Wrocławiu, to w pierwszej kolejności należy zauważyć, że okoliczności faktyczne sprawy zostały opisane w piśmie z wyjaśnieniami z dnia 20 maja 2024 r. i które były przedmiotem sprawy w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1272/24.

Izba zważa, że Krajowa Izba odwoławcza w wyroku z dnia 30 kwietnia 2024 r. o sygn. akt KIO 1272/24 uznała, iż oferta Wykonawcy Budimex S.A. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP jako złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji polegających na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (uzyskaniu zamówienia) wbrew prawu i dobrym obyczajom, przy czym w postępowaniu nie ustanowiono przesłanki wykluczenia z

art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP. Tym samym, rację ma Przystępujący, że: „Budimex S.A. nie został wykluczony z postępowania Port Lotniczy we Wrocławiu na podstawie żadnej przesłanki wykluczenia".

Izba zważa, że w wyniku wydanego wyroku, w którym to Izba stwierdziła przedstawienie nieprawdziwych informacji dotyczących doświadczenia osoby wskazanej na stanowisku Kierownika ds. elektrycznych (osoba wskazana na ww. stanowisko stanowiła zasób udostępniony przez Heli Factor Sp. z o.o.), zdaniem Odwołującego spowodowało to, że informacje te „ponownie nie zostały należycie zweryfikowane przez Budimex S.A.".

W ocenie Izby, powyższa teza Odwołującego jest nieskuteczna, z tego względu, iż zaistniała sytuacja w powyższej sprawie nie przekreśla w jakikolwiek sposób prawidłowości i skuteczności wdrożonego u Przystępującego self-cleaningu, zwłaszcza, że po pierwsze wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2024 r. o sygn. akt KIO 1272/24 jest wyrokiem nieprawomocnym, od którego została wniesiona skarga do Sądu Okręgowego (XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych) w dniu 5 czerwca 2024 r., a po drugie Przystępujący poinformował obecnego Zamawiającego o powyższej sytuacji od razu po wydaniu ww. wyroku (nie było to kwestionowane przez Zamawiającego na rozprawie), co zdaniem Izby świadczy właśnie o skuteczności wdrożonej procedury self-cleaningu, mimo że Zamawiający został o tym poinformowany po złożeniu oferty.

Z kolei odnosząc się do drugiego przypadku, tj. D11 Trutnov, Izba zważa, że w dniu 7 maja 2024 r. Wykonawca Budimex S.A. został wykluczony z postępowania, a następnie w dniu 10 czerwca 2024 r. decyzja ta została zaskarżona do UOHS (czeski odpowiednik Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów).

Izba zważa, że zgodnie z § 48 czeskiej ustawy Pzp (Wykluczenie oferenta): „(2) Instytucja zamawiająca może wykluczyć uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli dane, dokumenty, próbki lub wzory przedłożone przez oferenta:

a) nie są zgodne ze specyfikacją lub oferent nie dostarczył ich w terminie,

b) nie zostały wyjaśnione lub uzupełnione przez oferenta na żądanie zgodnie z § 46, lub

c)nie odpowiadają rzeczywistości i mają lub mogły mieć wpływ na ocenę warunków uczestnictwa lub na spełnienie kryteriów oceny", przy czym czeski Zamawiający ŘSD podał podstawę wykluczenia Wykonawcy Budimex S.A § 48 pkt 2 lit. a czeskiej ustawy Pzp.

W ocenie Izby, rację ma Przystępujący, iż paragraf 48 pkt 2 lit. a czeskiej ustawy Pzp nie odnosi się do przesłanki wykluczenia polegającej na wprowadzeniu w błąd czy zatajaniu informacji, a tym samym teza Odwołującego, jakoby zatajał informacje przed Zamawiającym w postępowaniu D11 Trutnov, wskazując: „W dniu 10 maja 2024 r. Ředitelství silnic a dálnic poinformował o wykluczeniu Budimex S.A. z postępowania z uwagi na niewykazanie się wymaganym doświadczeniem, pomimo wcześniejszych deklaracji tego wykonawcy"; „Pomimo posiadanego już doświadczenia w czeskich postępowaniach przetargowych, Budimex S.A. ponownie dopuścił się tego samego rodzaju przewinienia jakim jest brak weryfikacji informacji składanych w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia", jest w ocenie Izby zbyt daleko idąca.

Należy bowiem zauważyć, że w postępowaniu D11 Trutnov Wykonawca Budimex S.A. przekazał czeskiemu Zamawiającemu ŘSD komplet dokumentów i informacji, które posiadał w odniesieniu do inwestycji referencyjnej, która była realizowana przez dwóch wykonawców działających w ramach konsorcjum zintegrowanego, gdzie podmiot z grupy Budimex posługujący się omawianymi referencjami na budowę tunelu De el Rellon o całkowitej długości 295 m i posiadający jednocześnie 80% udział w konsorcjum zintegrowanym, Zamawiający ŘSD stwierdził, że Budimex S.A nie wykazał się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu polegającym na wykonaniu minimum 100 m tunelu (tj. całości robót polegających na realizacji całego tunelu o długości minimum 100 m), a w konsekwencji Zamawiający ŘSD wykluczył Budimex S.A.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, za Przystępującym, uznała, że wykluczenie Budimex S.A w postępowaniu D11 Trutnov nastąpiło de facto ze względu na odmienne rozumienie konstrukcji konsorcjum zintegrowanego przez Zamawiającego ŘSD, co w żadnym wypadku nie może świadczyć o tym, iż Wykonawca Budimex S.A. wprowadził Zamawiającego ŘSDw błąd, co zdaje się sugerować Odwołujący oraz że wdrożona procedura samooczyszczenia u Wykonawcy Budimex S.A. ma wyłącznie charakter pozorny. W ocenie Izby jest wręcz przeciwnie, tj. działania Wykonawcy Budimex S.A. świadczą właśnie o rzeczywistym wdrożeniu procedury self-cleaningu w Budimex S.A.

Tym samym, w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Z kolei przechodząc do zarzutu zaniechania wykluczenia Wykonawcy Budimex S.A na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 ustawy PZP, ze względu na fakt braku poinformowania Zamawiającego w JEDZ o wydaniu wobec Budimex S.A wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 3376/23, KIO 3388/23, KIO 3390/23, w którym to wyroku Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego zaniechania wykluczenia Konsorcjum Budimex (tj. Budimex S.A.,Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S., Gülermak Sp. z o.o.) na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy PZP, w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK S.A. pn. *Zaprojektowanie (w zakresie branży SRK) i kompleksowe wykonanie robót budowlanych na linii kolejowej nr 104na odcinku D Limanowa– bocznica Klęczany w*

ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 104 Chabówka – Nowy Sącz, na odc. Chabówka - Rabka Zaryte – Mszana Dolna oraz Limanowa -Klęczany - Nowy Sącz".

Izba zważa, że w dniu 31 października 2023 r. PKP PLK S.A na platformie internetowej, na której prowadziła postępowanie opublikowała informację o jego wynikach, w tym o wyborze oferty konsorcjum Budimex jako oferty najkorzystniejszej. Tego samego dnia, po wyborze oferty najkorzystniejszej, Konsorcjum Budimex przesłało do Zamawiającego pismo oraz oświadczenie Konsorcjantów: Gülermak Agir Sanayi Insaat ve Taahhüt A.S. oraz Gülermak Sp. z o.o. informujące o karach umownych, o których nie poinformowali Zamawiającego w dokumentach JEDZ złożonych w trakcie postępowania. Do oświadczenia tego zostały załączone dokumenty JEDZ Gülermak Polska oraz Gülermak Turcja wraz z załącznikami oraz pismem przewodnim z dnia 31 października 2023 r., w którym wskazano (potwierdza to dowód wniesiony przez Odwołującego na posiedzeniu):

„W tym miejscu Wykonawca informuje, że celem uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości oraz w trosce o szeroko rozumianą transparentność działań w stosunku do Zamawiającego, po ponownym przeanalizowaniu treści Oświadczenia, a także z uwagi na informacje dotyczące nałożenie na Gülermak TR oraz Gülermak PL kar umownych, o których dowiedział się w ostatnim czasie (po złożeniu oświadczenia JEDZ, tj. 19.09 oraz 03.10 br.), choć w ocenie Wykonawcy nie dają one podstaw do jego wykluczenia z Postępowania (brak spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1pkt 7 Pzp)."

Izba wskazuje, że z dokumentów załączonych do pisma Konsorcjum Budimex z dnia 31 października 2023 r. wynikało, że:

1) w zakresie umowy zawartej w dniu 9 listopada 2018 r. 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: Gulermak Polska, Gulermak Turcja oraz Astaldi S. p. A. zostały naliczone następujące kary umowne: - za brak przejęcia części Terenu Budowy - w wysokości 1 039 350,00 PLN; - za nieterminowe przekazanie raportów miesięcznych z realizacji umowy - w wysokości 324 590,36 PLN; - za brak zapłaty / nieterminową płatność na rzecz podwykonawców - w wysokości 649 180,72 PLN,

2) w zakresie umowy zawartej w dniu 15 listopada 2018 r. 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: Gulermak Polska, Gulermak Turcja oraz Astaldi S. p. A. zostały naliczone następujące kary umowne: - za brak zapłaty / nieterminową płatność na rzecz podwykonawców - wysokości 1 630 724,90 PLN,

3) w zakresie umowy zawartej w dniu 28 września 2018 r. 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: Gulermak Polska, Gulermak Turcja oraz Astaldi S. p. A. zostały naliczone następujące kary umowne: - za brak zapłaty / nieterminową płatność na rzecz podwykonawców - wysokości 5 731 369,50 PLN, co też potwierdzają dowody wniesione przez Odwołującego.

Izba w pierwszej kolejności zważa, iż Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2023 r. o sygn. akt KIO 3376/23, KIO 3388/23, KIO 3390/23 wskazała, iż: „Skład orzekający Izby w tych okolicznościach uznał, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania oraz przejrzystości postępowania na skutek zaniechania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz oceny dokumentów złożonych przez Konsorcjum Budimex w dniu 31 października 2023 r. (…) Zamawiający argumentując przyczyny dla których nie dokonał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wskazywał, że czynność ta byłaby „sztuką dla sztuki", bowiem po dokonaniu oceny dokumentów Konsorcjum Budimex uznał, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a więc czynność oceny nie wpływała na wynik postępowania. Z powyższą argumentacją nie sposób się zgodzić. Na wstępie podkreślić należy, że Zamawiający po uzyskaniu od Konsorcjum Budimex dokumentów i wyjaśnień w dniu 31 października 2023 r. dotyczących jego sytuacji podmiotowej zobowiązany był wrócić do etapu czynności badania i oceny ofert i w ramach tej oceny dokonać zbadania złożonych dokumentów. Po zakończeniu tego etapu Zamawiający byłby uprawiony do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, jako czynności kończącej wszystkie czynności w postępowaniu (...) W konsekwencji Zamawiający powinien był unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpić do badania dokumentów Konsorcjum Budimex. (...) W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że czynność oceny wyjaśnień i dokumentów Konsorcjum Budimex odbyła się niejako poza postępowaniem. Dopiero bowiem po unieważnieniu czynności wyboru Zamawiający mógłby wrócić do dokonywania dalszych czynności badania i oceny ofert. W ocenie Izby, dokonanie oceny i badania dokumentów podmiotowych złożonych przez Konsorcjum Budimex bez unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej doprowadziło do naruszenia fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i musiało skutkować uwzględnieniem i nakazaniem Zamawiającemu dokonania badania i oceny sytuacji podmiotowej Konsorcjum Budimex."

W związku z powyższym, Izba zgadza się z argumentacją Przystępującego, iż w niniejszej sprawie nie chodzi o to, że self-cleaning Budimex „realnie nie działa" ani że „mimo złożonych deklaracji w samooczyszczeniu Budimex S.A. nadal nie weryfikuje właściwie informacji otrzymywanych od swoich kontrahentów", co zdaje się sugerować Odwołujący,

ponieważ Izba w ww. wyroku wcale nie badała szczegółów dokonania samooczyszczenia, natury kar umownych naliczonych Gulermak i podlegania wykluczeniu na podstawie naliczonych kar, lecz tego, iż po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej pojawiły się nowe okoliczności, w szczególności dotyczące zaistnienia podstaw wykluczenia oraz samooczyszczenia, to w takim przypadku Zamawiający PKP PLK powinien unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpić do oceny złożonych dokumentów.

Izba wzięła również pod uwagę to, że Zamawiający PKP PLK S.A ponownie wybrał ofertę Konsorcjum Budimex jako najkorzystniejszą, która to decyzja Zamawiającego została zaskarżona przez Konsorcjum PORR, zarzucając m.in. naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp oraz art. 110 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp, w kontekście analizy dokumentów samooczyszczenia, przy czym co istotne Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wyrokiem z dnia 19 stycznia 2024 r. o sygn. akt KIO 3887/23.

Należy w tym miejscu podkreślić, iż w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2024 r. o sygn. akt KIO 3887/23, Izba wyraźnie wskazała, iż: „nie stwierdzono w sentencji orzeczenia, dodatkowo również nie przesądzono w uzasadnieniu, że przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd, przez co miałby podlegać wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp. Nie stwierdzono również, że aby przystępujący mógł pozostać w przetargu musi zostać przeprowadzony self-cleaning, który należy rozpatrywać wyłącznie w ramach dokumentów złożonych 31 października 2023 r."

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie popiera argumentacji Odwołującego, jakoby „przesłanka wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy Pzp materializuje się w stosunku do Budimex S.A. również z uwagi na fakt braku poinformowania Zamawiającego o wydaniu wobec spółki wyżej wskazanego wyroku", a w konsekwencji, że wdrożony przez Budimex S.A „mechanizm zaradczy" nie działa w ogóle albo działa w sposób nieskuteczny.

Nie umknęło uwadze Izby również to, że ostatecznie Zamawiający PKP PLK podpisał z Konsorcjum Budimex umowę w ww. sprawie.

Tym samym, w ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny.

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo tego, że Wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, albowiem wobec członka konsorcjum Wykonawcy - Roverpol Sp. z o.o. zachodzi podstawa do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Jak już Izba wskazała powyżej w uzasadnieniu niniejszego wyroku, Wykonawca Roverpol Sp. z.o.o. udzielił odpowiedzi twierdzącej na pytanie zawarte w treści JEDZ: „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", przy czym Wykonawca Roverpol Sp. z.o.o. w treści złożonych wyjaśnień (nota informacyjna z dnia 20 maja 2024 r.) nadmienił, że w jego ocenie, względem Roverpol nie zostały co prawda spełnione wszystkie elementy przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jednakże biorąc pod uwagę najnowsze przykłady orzecznicze, wykonawca ten zobowiązany był do ponownego przeanalizowania swojej sytuacji kontraktowej, ze szczególnym uwzględnieniem stanowisk orzecznictwa i doktryny, zgodnie z którymi pod pojęciem „innych porównywalnych sankcji" należy rozumieć również sankcje porównywalne do odszkodowania, w tym kary umowne, nawet jeśli Roverpol uznaje, że nigdy nie wyrządził żadnemu Zamawiającemu szkody, a naliczone kary umowne nie miały stricte odszkodowawczego charakteru.

Jednocześnie w swoich wyjaśnieniach Roverpol Sp. z.o.o. poinformował Zamawiającego o powzięciu wiedzy na temat nałożenia na Roverpol Sp. z.o.o. kar umownych o tzw. „bagatelnej" wartości, łącznie nieprzekraczającej 0,1% wartości realizowanej umowy, które były związane z realizacją obowiązków ubocznych o charakterze przede wszystkim formalno-administracyjnym.

Jak już Izba wskazywała powyżej w uzasadnieniu niniejszego wyroku, Wykonawca Roverpol Sp. z.o.o w swoich wyjaśnieniach wskazał, iż: „Obowiązki takie pojawiają się w umowach o roboty budowlane, ale nie dotyczą istoty umowy o roboty budowlane czyli prawidłowej realizacji obiektu budowlanego. I tak, w ciągu ostatnich 3 lat na Wykonawcę nałożono kary umowne porządkowe lub o charakterze formalno-administracyjnym za uchybienia związane m.in. z:

• nieprzedłożeniem zamawiającemu do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo;

• nieprzestrzeganiem przez Wykonawcę obowiązku zachowania porządku i czystości na placu budowy;
• nieprzestrzegania obowiązku utrzymania w czystości placu i terenu budowy w okresie zimowym;
• nieobecności na placu budowy wymaganego umową personelu;
• niedostarczeniem w terminie mapy inwentaryzacji powykonawczej opatrzonej klauzulą przyjęcia do Państwowego Zasobu Geodezyjnego."

Izba zważa, że Wykonawca Roverpol Sp. z o.o. powołał się również w swoich wyjaśnieniach na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 3293/23 z dnia 21 listopada 2023 r., w którym Izba wskazała, że: „Dokument JEDZ nie służy przedstawianiu całej historii kontraktowej wykonawcy, w tym wszelkich zdarzeń, w których realizacja umowy napotkała jakiekolwiek trudności. Wykonawca zobowiązany jest podać w tym dokumencie informacje na temat takich nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania."

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący oparł swój zarzut na rozbieżności pomiędzy treścią JEDZ, gdzie wykonawca Roverpol Sp. z o.o. „potwierdził istnienie wobec niego przesłanki wykluczenia z Postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, a notą informacyjną, z której wynika, że wobec wykonawcy taka przesłanka nie zachodzi", wskazując również, że Roverpol Sp. z o.o. „bardzo ogólnie i blankietowo odnosi się do naliczonych wykonawcy kar umownych – nie wskazano w niej w ramach jakiego kontraktu, na jakiej podstawie kontraktowej i w jakiej kwocie zostały naliczone kary umowne" oraz że „nie przedstawia żadnych informacji, które pozwoliłyby Zamawiającemu na rzetelne oraz właściwe przeprowadzenie badania i oceny jego zdolności podmiotowej".

Izba nie podziela powyższej argumentacji Odwołującego, ponieważ po pierwsze Roverpol Sp. z.o.o. w treści zmienionego formularza JEDZ poinformował Zamawiającego o zaistniałych w jego historii kontraktowej zmianach stanu faktycznego, a nadto w ocenie Izby zadbał, by Zamawiający miał o tych okolicznościach bardziej szczegółową wiedzę, podając Zamawiającemu orientacyjną wartość naliczonych kar umownych (mniej niż 0,1%), a także przedstawił podstawę naliczenia (realizacja obowiązków ubocznych o charakterze formalno-administracyjnym).

Jak wskazał Przystępujący w piśmie procesowym, łączna wysokość wszystkich kar naliczonych Roverpol Sp. z o.o. w okresie ostatnich 3 lat wynosi 14.900,00 zł i dotyczyły nieprzedłożenia zamawiającemu do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo w kontrakcie „Modernizacja przystanku osobowego SKM Gdynia Leszczynki" – kara w wysokości 5.000 zł z dnia 8 sierpnia 2022 r. oraz w kontrakcie „Modernizacja przystanku osobowego SKM Gdynia Grabówek" – kara w wysokości 5.000 zł z dnia 8 sierpnia 2022 r.; nieprzestrzegania przez Wykonawcę obowiązku zachowania porządku i czystości na placu budowy w kontrakcie „Modernizacja przystanku osobowego SKM Gdynia Leszczynki" – kara w wysokości 200 zł z dnia 2 marca 2023 r.; nieprzestrzegania obowiązku utrzymania w czystości placu i terenu budowy w okresie zimowym w kontrakcie „Modernizacja przystanku osobowego SKM Gdynia Leszczynki" – kara w wysokości 200 zł z dnia 2 marca 2023 r.; nieobecności na placu budowy wymaganego umową personelu w kontrakcie „Budowa zintegrowanego węzła komunikacyjnego Łękno wraz z infrastrukturą na przebiegu Trasy Średnicowej dla obsługi wewnątrz aglomeracji ruchu pasażerskiego w Szczecinie" – kara w wysokości 9 x 5.000 zł, łącznie 45.000 zł z dnia 29 kwietnia 2021 r., przy czym, jak wskazał Przystępujący aktualnie pismo z naliczeniem kary jest wcześniejsze niż 3 lata, a zatem nie podlega już zgłoszeniu; niedostarczenia w terminie mapy inwentaryzacji powykonawczej opatrzonej klauzulą przyjęcia do Państwowego Zasobu Geodezyjnego w kontrakcie „Przebudowa ciągów komunikacyjnych DK 31 – rozbudowa skrzyżowania ul. Floriana Krygiera z ul. Granitową z odcinkiem drogi w kierunku autostrady A6" – kara w wysokości 4.500 zł z dnia 8 października 2021 r., a powyższe kary, jak i kontrakty nie były kwestionowane przez Odwołującego na rozprawie.

Tym samym w ocenie Izby znikoma wysokość kar, za które zostały naliczone, dotyczące de facto obowiązków ubocznych i o porządkowym charakterze, były wystraczające do uznania przez Zamawiającego, że nałożenie tych kar nie mogło świadczyć o tym, że w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z zawartych kontraktów, zwłaszcza że z noty informacyjnej jednoznacznie wynika, że naruszenia postanowień umów, za które zostały nałożone kary, nie dotyczyły elementów przedmiotowo istotnych zawartych kontraktów, na co zwrócił uwagę również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Po drugie, Izba wzięła również pod uwagę wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 449/22, w którym to Izba wskazała, iż: „każdy rzetelnie działający wykonawca ma świadomość, że prawidłowym i powszechnie przyjętym w obrocie sposobem wypełniania JEDZ (…) jest transparentne podanie okoliczności dotyczących naliczania kar, które mogą zostać kwalifikowane przez art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i ewentualne opisanie swojego stanowiska w tym zakresie, co JEDZ umożliwia - także, gdy wykonawca jest przekonany, że nie powinien zostać wykluczony z przetargu" oraz „Pytanie wskazane w JEDZ jest proste, a jego formuła dotyczy obiektywnych zdarzeń i daje zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia czy problemy, na które natknął się wykonawca w toku realizacji innych inwestycji są na tyle poważne i na tyle wpływają na obraz wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Weryfikacja ta nie będzie możliwa, jeżeli wykonawca nie dokona notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ. W szczególności, że udzielenie pozytywnej odpowiedzi na sporne

pytanie nie oznacza automatycznego wyeliminowania wykonawcy z postępowania, co będzie możliwe dopiero po stwierdzeniu przez zamawiającego zaistnienia wszystkich przesłanek podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Niemniej, w sytuacji, w której wykonawca nie uznaje się za podlegającego eliminacji, nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o określonych w omawianym pytaniu zdarzeniach (nie zaś o całej historii kontraktowej)."

W podobnym duchu wypowiedziała się także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 lipca 2023 r. o sygn. akt KIO 2076/23 oraz Sąd Okręgowy z dnia 9 listopada 2023 r. o sygn. akt XXIII Zs 89/23.

Na marginesie Izba zważa, że Odwołujący wskazuje, iż„warto zauważyć, że Budimex S.A. w samooczyszczeniu dotyczącym przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w sposób szczegółowy opisał wszystkie naliczone kary umowne, również te, które dotyczyły świadczeń pobocznych oraz kar o niewielkiej wartości. Wykonawca pozostał zatem niekonsekwentny w swoich działaniach". Jednakże w ocenie Izby, co zdaje się nie zauważać Odwołujący, mimo udzielenia pozytywnej odpowiedzi na pytanie w formularzu JEDZ: „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 Budimex S.A. nie przeprowadza w odniesieniu do przesłanek zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP procedury self-cleaningu, bowiem, jak wskazuje Przystępujący „żaden z zaistniałych w historii kontraktowej przypadków nie spełnia wszystkich co do jednego elementów tego przepisu", a potwierdzają to wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Budimex S.A.: „W związku z takim charakterem przepisu, Wykonawca oświadcza, że względem niego nie zachodzą podstawy do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, albowiem w historii działalności Spółki nie wystąpiły sytuacje, które wypełniałyby łącznie wszystkie przesłanki wymienione w treści ww. przepisu."

Biorąc powyższe pod uwagę , w ocenie Izby, zarzut ten jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 4 ustawy Pzp – zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (dot. Wykazu zrealizowanych robót), są w ocenie Izby niezasadne.

Izba zważa, że w rozdziale IX ust. 4 pkt 1 SWZ (Warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej) Zamawiający wskazał, iż: „Wykonawca spełni te warunki, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 12 (dwunastu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, których przedmiotem było wykonanie morskich budowli hydrotechnicznych polegających na budowie lub przebudowie falochronów wyspowych lub półwyspowych w dowolnej technologii, posadowionych na głębokości nie mniejszej niż 5 m p.p.m. (rzędnej dna przy falochronie na minimum połowie długości falochronu), o wartości robót hydrotechnicznych nie mniejszej niż 100 mln zł netto (słownie: sto milionów złotych) każda", przy czym w ust. 5 tegoż rozdziału Zamawiający wskazał także, iż: „W przypadku wspólnego ubiegania się Wykonawców o udzielenie Zamówienia spełnienie warunków udziału w postępowaniu oceniane będą łącznie, z wyłączeniem warunków określonych ust. 3 pkt. 2) oraz ust. 4 pkt. 1) niniejszego Rozdziału SWZ, które to warunki musi spełnić przynajmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się u udzielenie zamówienia".

Izba zważa, że Wykonawca Budimex S.A w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych przedstawił Wykaz zrealizowanych robót w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowa falochronów osłonowych, stanowiących wodną infrastrukturę dostępową do Portu Zewnętrznego w Porcie Gdynia, w formule zaprojektuj i wybuduj", stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, w którym powołał się na realizację inwestycji pn.:

1. na rzecz Skarbu Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni: "*Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku, Część 1 zamówienia: Roboty Budowlane w zakresie remontu oraz wydłużenia falochronu wyspowego*" - Roboty budowlane obejmowały swoim zakresem wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie nowego odcinka falochronu wyspowego o długości 853 metry w technologii prefabrykowanych skrzyń żelbetowych posadowionych na głębokości powyżej 5 m p.p.m. na długości większe niż połowa długości falochronu. Roboty zostały wykonane przez konsorcjum zintegrowane w składzie: PORR S.A. (Lider), Rover Maritme S.L. (Partner) oraz Roverpol sp. o.o. (Partner) tj. każdy z Partnerów Konsorcjum realizował ww. roboty;

   Wartość inwestycji 298 805 768,71 PLN netto, w tym wartość robót hydrotechnicznych powyżej 100 000 000,00 PLN netto.
2. na rzecz Skarbu Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni: "*Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku, Część 2 zamówienia: Roboty Budowlane w zakresie budowy nowego falochronu osłonowego*" - Roboty budowlane obejmowały swoim zakresem wykonanie morskiej budowli hydrotechnicznej polegającej na budowie wyspowego falochronu osłonowego – południowo wschodniego o długości 826 metrów w

technologii prefabrykowanych skrzyń żelbetowych posadowionych na głębokości powyżej 5 m p.p.m. na długości większej niż połowa długości falochronu. Roboty zostały wykonane przez konsorcjum zintegrowane w składzie: PORR S.A. (Lider), Rover Maritme S.L. (Partner) oraz Roverpol sp. o.o. (Partner) tj. Każdy z Partnerów Konsorcjum realizował ww. roboty.

Wartość inwestycji 195 303 111,65 PLN netto, w tym wartość robót hydrotechnicznych powyżej 100 000 000,00 PLN netto.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Odwołującego wykonawca Roverpol Sp. z o.o. oraz Rover Maritime S.L. nie wykazały się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu, bowiem „inwestycje referencyjne były realizowały w ramach konsorcjum zintegrowanego", a tym samym należało podzielić wartość robót hydrotechnicznych na inwestycji na trzech konsorcjantów.

W pierwszej kolejności Izba zważa, że Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu, iż konsorcjum wykonujące referencyjne zadanie, a więc konsorcjum w składzie: PORR S.A. (Lider), Rover Maritime S.L. (Partner) oraz Roverpol sp z o.o. (Partner) miało charakter tzw. konsorcjum zintegrowanego. W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego na rozprawie, że tak nie jest, a nawet, że nie można posługiwać się pojęciem „konsorcjum", jest zdaniem Izby nie tylko spóźnione, ale kompletnie niezasadne, bowiem Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na postawione przez siebie tezy.

Izba zważa, że Odwołujący wskazuje w odwołaniu, iż „wartość wykonanych przez PORR S.A prac wynosiła 50% przedmiotu zamówienia, natomiast pozostałych konsorcjantów – 25%", przedkładając dowód na posiedzeniu w postaci Sprawozdania finansowego 2019 - Roverpol Sp. z.o.o.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż problem dotyczy w rzeczywistości sytuacji, w której to członek konsorcjum może się powoływać się na wspólne zdobyte doświadczenie w ramach konsorcjum.

Izba zważa, że przy konsorcjum zintegrowanym nie następuje podział rzeczowy (nie są wydzielane do samodzielnego wykonania przez danego członka konsorcjum samodzielne zakresy robót). Oznacza to, że członkowie konsorcjum zintegrowanego wspólnie i niepodzielnie realizują cały zakres rzeczowy robót, a następnie partycypują w wypracowanym zysku albo w powstałej stracie.

Izba, za Przystępującym, wskazuje, iż każdy wariant podziału, czy to zaangażowania w realizację zadania poszczególnych członków konsorcjum, doprowadzi do wykreowania sztucznej sytuacji, która w żadnej mierze nie stanowi odzwierciedlenia idei konsorcjum zintegrowanego. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, iż idea możliwości powołania się w całości przez każdego członka konsorcjum (zintegrowanego) na wspólnie zdobyte doświadczenie polega na tym, że właśnie z uwagi na wspólne realizowanie robót i wspólne zarządzanie konsorcjum nie jest możliwe i celowe rozdzielanie doświadczenia pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum.

Warto w tym miejscu powołać się na wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), w którym to wyroku w motywie 62 Trybunał wskazał, iż „*Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego",* czy też na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2020 r. o sygn. akt KIO 1529/20, w którym to Izba wskazała, że: „Trybunał Sprawiedliwości UE podkreśla, iż warunkiem uznania możliwości powołania się na doświadczenie całego konsorcjum przez pojedynczego wykonawcę jest jego czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum (Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, sygn. C-399/05, podobnie wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt). Trybunał widzi zatem doświadczenie konsorcjanta w postaci czynnego udziału w sprawach konsorcjum będących określonym przedsięwzięciem. Tego rodzaju podejście jest racjonalne i ma głębokie praktyczne uzasadnienie. Eliminuje bowiem wykonawców próbujących powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum w sytuacji, gdy ich rola nie była znacząca dla inwestycji. Wobec takich podmiotów trudno bowiem stwierdzić, iż mają one faktycznie doświadczenie w realizacji przedsięwzięć o określonej skali. A więc, każdy przypadek i każda sprawa, w tym ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum, jako całość oraz jako poszczególni jego członkowie, wymagają indywidualnej analizy. (…)"

W związku z powyższym, w ocenie Izby, członek konsorcjum może legitymować się na doświadczenie w realizacji przedsięwzięcia o określonej skali, jeżeli jego udział w realizacji zamówienia był znaczny.

Tym samym, Izba uznaje argumentację Przystępującego, który w piśmie procesowym wskazał: „Ustalenie, że udział wykonawcy powołującego się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum był znaczny, powoduje, że może on posługiwać się doświadczeniem zdobytym przez konsorcjum jako takie zarówno w ujęciu kwotowym, jak i przedmiotowym. Kwota jest bowiem w tym przypadku wyznacznikiem skali przedsięwzięcia, w realizacji którego nabywa się doświadczenie. W tym przypadku kluczowe jest, że realizowane na referencyjnych inwestycjach roboty hydrotechniczne miały wartość nie mniejszą niż 100 mln zł, co już samo w sobie stanowi odzwierciedlenie skali przedsięwzięcia".

Poza tym, jak wskazywał Przystępujący na rozprawie, roboty budowlane zarówno dla części 1 i 2 obejmowały całość robót hydrotechnicznych, a co nie było kwestionowane przez Odwołującego na rozprawie. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący przedstawił dowody w postaci zamówienia na dostawę stali dla części 1 i 2 zadania, przykładową umowę podwykonawczą, przykładowy protokół odbioru, a zwłaszcza przejściowe świadectwo płatności dot. części 1 i 2, w których to dokumentach wykonawcy PORR S.A., Rover Maritime , S.L. , Roverpol Sp. z.o.o. występują razem jako konsorcjum firm.

Biorąc powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, członek konsorcjum zintegrowanego mógł powoływać się na doświadczenie wynikające z całego zadania realizowanego przez konsorcjum utworzone w powyższej formie, a tym samym każdy członek konsorcjum zintegrowanego spełniał warunek udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX ust. 4 pkt 1 SWZ.

Wobec powyższego nie było podstaw do wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie określonym w Rozdziale IX ust. 4 pkt 1 SWZ.

Nadto Izba zważa, że zarzut wskazany w uzasadnieniu odwołania, tj. art. 128 ust. 4 ustawy PZP, w żaden sposób nie został skonkretyzowany w odwołaniu, a tym samym już tylko z tej przyczyny, podlegał oddaleniu (notabene Odwołujący w zarzutach na stronie 3 w ogóle go nie powołuje).

Konkludując, w ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając w sprawach o sygn. akt KIO 2023/24 oraz KIO 2025/24 kosztami postępowania Odwołujących.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….

.....

.....