

WYROK

Warszawa, dnia 16 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Piotr Kozłowski
Anna Kuszel-Kowalczyk
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gülermak Sp. z o. o., Budimex S.A., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., ul. Giełdowa 7/9; 02-211 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa jednostka prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20 35-959 Rzeszów, przy udziale uczestnika KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi Horasan Sokak: nr 14, GOP, Ankara, Turcja, działającego przez: KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce, ul. Grzybowska 4 lok U-8A 00-131 Warszawa, przystępującego do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawcy KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi Horasan Sokak: nr 14, GOP, Ankara/ Turcja, działającego przez: KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce, ul. Grzybowska 4 lok U-8A, 00-131 Warszawa i odrzucenie jego oferty, ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa jednostka prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20 35-959 Rzeszów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gülermak Sp. z o. o., Budimex S.A., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., ul. Giełdowa 7/9; 02-211 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gülermak Sp. z o. o., Budimex S.A., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., ul. Giełdowa 7/9; 02-211 Warszawa, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa, jednostka prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20 35-959 Rzeszów, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa jednostka prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20 35-959 Rzeszów na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gülermak Sp. z o. o., Budimex S.A., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., ul. Giełdowa 7/9; 02-211 Warszawa, kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Gülermak Sp. z o. o., Budimex S.A., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş., ul. Giełdowa 7/9; 02-211 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....
Członkowie:.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad jednostka prowadząca postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Jawornik-Lutcza dł. ok. 5,25 km”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.U.U.E. z 5 lipca 2023 roku, pod nr 2022/S 127-360282.

22 stycznia 2024 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Gülermak Sp. z o. o., Budimex S.A., Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegających na:

1. wyborze oferty wykonawcy KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze, Turcja („Kolin”, „Wykonawca”) jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania;
2. braku odrzucenia oferty Kolin w sytuacji, w której Wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na okoliczności w szczegółach opisanych w zarzutach oraz uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 125 ust. 5 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kolin,
a w konsekwencji jej wybór jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta powinna zostać odrzucona przez zamawiającego, gdyż została złożona przez Wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 125 ust. 5 Pzp;
- 2.art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 125 ust. 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy i odrzucenia Jego oferty
w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił On informacje wprowadzające
w błąd zamawiającego (wprowadzenie w błąd/zatajenie informacji) w zakresie braku podstaw wykluczenia Multiconsult Polska sp. z o.o. („Multiconsult”), tj. podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołał się Wykonawca, w szczególności poprzez brak wskazania sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego/wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym została rozwiązana przed czasem (w szczegółach opisana w uzasadnieniu odwołania) oraz w zakresie naliczonych Multiconsult kar umownych, o czym zamawiający powinien niewątpliwie zostać poinformowany w oświadczeniu JEDZ, a czego zaniechanie co najmniej mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp;
- 3.art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy i odrzucenia Jego oferty w sytuacji, w której
w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił On informacje wprowadzające w błąd zamawiającego (wprowadzenie w błąd/zatajenie informacji) w zakresie braku podstaw wykluczenia Wykonawcy, w szczególności poprzez brak wskazania sytuacji, w której Kolin naliczone zostały kary umowne, o czym zamawiający powinien niewątpliwie zostać poinformowany w oświadczeniu JEDZ, a czego zaniechanie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp;
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 oraz art. 125 ust. 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania
i odrzucenia oferty Kolin, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy podczas gdy z uwagi na podleganie wykluczeniu przez podmiot udostępniający Wykonawcy zasoby w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. Multiconsult i brak możliwości zastąpienia w okolicznościach niniejszej sprawy tego wykonawcy przez inny podmiot trzeci, Kolin nie wykazał spełnienia warunku udziału (nie mógł posłużyć się zasobami udostępnionymi przez Multiconsult);
- 5.art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia
z postępowania i odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, w której zarówno podmiot udostępniający zasoby (Multiconsult), a także Kolin, z uwagi na odstąpienie przez zamawiającego od umowy/naliczenie kary umownej, podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż – m.in. zatajając przed zamawiającym stosowne informacje – pozbawili się prawa do wykazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia braku spełnienia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp;

a w konsekwencji

6.art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Odwolujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty Kolin jako najkorzystniejszej;
- 2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu;
- 3)wykluczenia wykonawcy Kolin z postępowania, a w konsekwencji tego odrzucenie oferty Kolin;
- 4)uznania oferty złożonej przez odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp, odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 573 Pzp, odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwolujący wskazał, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Zgodnie z klasyfikacją ofert złożonych w postępowaniu, odwołujący złożył ofertę, która jest druga w rankingu, co oznacza, że o ewentualne pozytywne rozpatrzenie odwołania skutkować będzie wyborem oferty Konsorcjum Gulermak jako najkorzystniejszej

i najpewniej zawarciem umowy. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, wówczas odwołujący uzyskałby zamówienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego wykonawcy, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwolujący wskazał, co następuje.

Do dnia 23 września 2022 roku (dzień składania ofert) do zamawiającego wpłynęło 7 ofert, w tym oferta Kolin. Wraz z ofertą Wykonawca ten przedstawił zamawiającemu oświadczenia JEDZ dla siebie oraz dla podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Multiconsult Polska sp. z o.o. („Multiconsult”). Kolin w swoim JEDZ-u 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, udzielił odpowiedzi „NIE”. Z kolei Multiconsult w JEDZ-u przedstawionym przez Wykonawcę zamawiającemu na powyższe pytanie udzielił odpowiedzi twierdzącej („Tak”). Jednocześnie w zakresie opisu sytuacji, które mogłyby się wpisać w ww. przesłankę wykluczenia, przedstawiono załącznik nr 1 do JEDZ pn. Informacja Wykonawcy.

W załączniku nr 1 opisano cztery sytuacje, w których to doszło do rozwiązania umowy, której stroną był Multiconsult.

W związku z treścią powyższego oświadczenia, pismem z 14 stycznia 2023 roku zamawiający, działając w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, wezwał Kolin do złożenia wyjaśnień dotyczących treści (powyższego) oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust.1 Pzp. Jak wskazał zamawiający, do oferty załączono „Informację Wykonawcy” Multiconsult Polska sp. z o.o. zawierającą informacje na temat rozwiązanych umów, w tym między innymi zawartej w dniu 1 września 2020 r. umowy nr U89/2020/PI/PLNG z Zamawiającym Polskie LNG S.A. na realizację zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla inwestycji "Rozbudowa części lądowej terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu" oraz "Rozbudowa części morskiej terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu". Zamawiający poprosił o szczegółowe wyjaśnienia w powyższym zakresie.

Zdaniem odwołującego, zamawiający powyższym wezwaniem zmierzał do weryfikacji, czy w związku z zaistniałą sytuacją zachodzą względem Multiconsult podstawy wykluczenia (art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp). Notabene potwierdził to w

swoim wniosku z dnia 16 listopada 2023 roku o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień sam Kolin. Kolin, uzasadniając swój wniosek, nie tylko wskazał na wolę przedstawienia jednoznacznych i niebudzących wątpliwości, a także rzetelnych wyjaśnień, a ponadto, iż dokumentacja dotycząca Multiconsult musi być skonsultowana z Wykonawcą (Kolin).

Stosowne wyjaśnienia zostały przedstawione zamawiającemu przez Kolin 22 listopada 2023 roku. Z przedłożonego pisma zamawiający dowiedział się po raz pierwszy (brak wcześniej takiej informacji), że oprócz odstąpienia od umowy, na Multiconsult nałożona została także kara umowna. W przedłożonych wyjaśnieniach wskazano również, iż poza przypadkiem opisanym w niniejszych wyjaśnieniach (spór z Gaz-System S.A.), Multiconsult nie pozostaje obecnie w żadnym sporze, którego skutkiem mogłoby być stwierdzenie okoliczności stanowiących przesłanki wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Wraz z wyjaśnieniami przedłożono nowy JEDZ (tym razem Multiconsult oświadczył, że podjął stosowne środki w zakresie samoocyszczenia), w którym ponownie w zakresie zdarzeń dotyczących art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp odesłano do załącznika nr 1.

Pismem z 24 listopada 2023 roku zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp oraz zgodnie z pkt 10.4., 10.5. oraz 11.10 Instrukcji dla Wykonawców (dalej IDW), wezwał Wykonawcę do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ m.in. w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp.

W ww. piśmie zamawiający zobowiązał również Wykonawcę do przedstawienia stosownych dokumentów dot. podmiotu udostępniającego zasoby (Multiconsult).

Wykonawca przedstawił zamawiającemu stosowne dokumenty w dniu 5 grudnia 2023 roku, w tym zarówno dla siebie, jak i Multiconsult oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ – potwierdzając aktualność informacji zawartych w JEDZ.

ZARZUT DOTYCZĄCY WPROWADZENIA W BŁĄD ZAMAWIAJĄCEGO – PRZEDSTAWIENIE INFORMACJI, MULTICONSULT

Zgodnie z treścią art. 118 ust. 1 Pzp każdy wykonawca, m.in. celem spełnienia warunków udziału, może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego: Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Nie budzi przy tym wątpliwości, iż w przedmiotowej sprawie Wykonawca (Kolin) polega na zasobach technicznych lub zawodowych podmiotu trzeciego, tj. Multiconsult Polska sp. z o. o. Jest to o tyle istotne, iż zgodnie z treścią art. 125 ust. 5 Pzp: Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

To zatem na Wykonawcy spoczywa obowiązek przedstawienia stosownych dokumentów, w tym tych dotyczących podmiotu trzeciego, między innymi celem wykazania, że podmiot udostępniający zasoby nie podlega wykluczeniu. Potwierdza to również treść oświadczenia JEDZ.

Jednocześnie zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, zamawiający, o ile tylko wskazał to w ogłoszeniu, wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia 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.

W świetle powyższego nie powinno budzić zatem wątpliwości, iż – po pierwsze - wykonawca odpowiada za treści (informacje) przedstawiane zamawiającemu, niezależnie od tego, czy pochodzą one od niego, czy też od innego podmiotu, w tym udostępniającego zasoby. Stanowisko to znajduje potwierdzenie nie tylko w powyżej przytoczonym przepisie prawa, w którym próżno szukać jakichkolwiek ograniczeń, np. co do pochodzenia informacji (chodzi po prostu o informacje wprowadzające w błąd przedstawione przez wykonawcę). Jest ono również akceptowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (vide: KIO 576/17, KIO 1004/17, KIO 1509/17; KIO 1432/18; KIO 2073/21, 2080/21, 2095/21 2097/21).

Odwolujący wskazuje, iż Kolin przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe informacje w zakresie braku podstaw wykluczenia Multiconsult, co mogło (a nawet miało) istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiającemu nie przekazano bowiem informacji o wszystkich przypadkach (1) odstąpienia od umowy przez zamawiających z Multiconsult, a także (2) karach umownych, które zostały naliczone temu podmiotowi.

Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych powyżej kwestii, podkreślenia wymaga, że - jak wynika z powszechnie

dostępnych informacji - oprócz wskazanych przez Multiconsult przypadków odstąpienia od umowy, takie zdarzenie miało również miejsce w odniesieniu do realizowanego przez tego wykonawcę zamówienia dla Centralnego Portu Komunikacyjnego sp. z o.o. („CPK”) na opracowanie Studium Techniczno-Ekonomiczno-Środowiskowego dla Projektu Budowa linii kolejowej nr 85 na odc. Łódź – Sieradz Północny i linii kolejowej nr 86 na odc. Sieradz Północny-Kępno-Czernica Wrocławska-Wrocław Główny. 22 czerwca 2023 r. CPK odstąpił od umowy w części niewykonanej przez Multiconsult. W informacjach przedstawianych w postępowaniu, zarówno w JEDZ (składanych kilkakrotnie), a także załączniku nr 1 do JEDZ, próżno jednak szukać jakichkolwiek danych na temat powyższego zdarzenia. Co przy tym szczególnie ważne, oświadczeniem z 28 listopada 2023 roku potwierdzono zamawiającemu aktualność informacji zawartych w JEDZ, co – w świetle powyższych informacji – nie jest jednak prawdą. Brak jest bowiem zarówno w JEDZ (opis sytuacji), jak i załączniku nr 1 informacji o ww. odstąpieniu od umowy.

Powyższe jest o tyle istotne, iż treść JEDZ wyraźnie wskazuje, że takie informacje powinny zostać zamawiającemu opisane. Multiconsult wybrane zdarzenia opisał w załączniku nr 1 do JEDZ pn. Informacja Wykonawcy, w którym nie ma jednak informacji dotyczących powyżej opisanego odstąpienia od umowy.

Co przy tym ważne, niezależnie od obiektywnego obowiązku przedstawienia zamawiającemu tych informacji, także zachowanie samego zamawiającego potwierdza, iż były to dla GDDKiA informacje istotne. Jak już bowiem zostało to opisane, zamawiający, powziawszy wiedzę z załącznika nr 1 o odstąpieniu od umowy przez Polska LNG S. A., dokładnie i szczegółowo weryfikował, czy w przypadku Multiconsult nie zachodzi przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Należy zakładać, iż – o ile tylko zamawiający miałby również informacje o rozwiązaniu umowy z CPK – także w tym zakresie sprawdzałby sytuację podmiotową Multiconsult. Brak przedstawienia informacji o tym zdarzeniu skutecznie jednak tej możliwość zamawiającego pozbawiło.

Zdaniem odwołującego, informacje o ww. odstąpieniu od umowy są powszechnie i łatwo dostępne, a zatem nie powinno stanowić problemu ich zweryfikowanie. Przede wszystkim wynikają one z upublicznionego i jawnego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 3293/23), który dostępny jest m.in. w internecie (np.: <https://www.portalzp.pl/2023/kio-329323--wyrok-dnia-21-listopada-2023-r.--32946.html>). Także wpisanie fraz „Multiconsult” oraz „zamawiający odstąpił od umowy” w wyszukiwarce google.pl pozwala na dotarcie do tych informacji. Szósty wynik, jaki się pojawia (na pierwszej stronie), dotyczy właśnie omawianych informacji. Możliwość łatwego dotarcia do ww. informacji potwierdza również fakt, że sam odwołujący jest w ich posiadaniu i nie miał większego problemu z ich pozyskaniem. Jest to o tyle istotne, iż – jak wynika z pism składanych przez Kolin – informacje przedstawione zamawiającemu m.in. na potrzeby wyjaśnień dotyczących zerwanych umów, były z Wykonawcą konsultowane i zapewnił On o ich rzetelności. Nie jest zatem tak, że Wykonawca nie zdawał sobie sprawy

z problemów, jakie w przeszłości miał Multiconsult (zerwane umowy). Nie wydaje się też, że podjął on odpowiednie środki celem zweryfikowania przedstawianych przez ww. podmiot trzeci informacji. Co przy tym ważne, jak wynika z opisu stanu faktycznego przywołanego orzeczenia Izby, Multiconsult w innym postępowaniu przedkładał informacje dotyczące odstąpienia przez CPK od umowy (informował o tym zamawiającego). Co oczywiste, stworzył w ten sposób choćby możliwość zweryfikowania przez „gospodarza postępowania” braku podstaw do wykluczenia. W postępowaniu, mimo iż zamawiający nie ignorował tego typu spraw i badał je, co też powinno dać do myślenia Multiconsult, podmiot ten całkowicie tego zaniechał.

Powyższe uwagi są tym bardziej zasadne, że – jak wynika z informacji posiadanych przez odwołującego – w innym postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego (CPK) pn. Umowa Ramowa na wykonanie rozpoznania podłoża budowlanego w zakresie prac przygotowawczych dla budowy Inwestycji Towarzyszących dla Centralnego Portu Komunikacyjnego, nr FZA.2510.31.2023/RR/14, Multiconsult, właśnie z uwagi na opisywane zakończenie umowy przed czasem, został skutecznie wykluczony z tego postępowania. Należy przy tym wskazać, że zasadniczo bez znaczenia pozostaje fakt, czy Multiconsult rzeczywiście podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jak wynika bowiem powszechnie z orzecznictwa, w tym z wyroku SO w Warszawie z dnia 28 czerwca 2022 roku (XXIII Zs 66/22), stwierdzenie wystąpienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie jest warunkiem wykluczenia wykonawcy za wprowadzenie w błąd: Należy też odmówić racji skarżącemu w zakresie konieczności wystąpienia w sprawie kumulatywnego, czy też wynikowego przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 nPzp. Żaden z przepisów Prawa zamówień publicznych na powyższe nie wskazuje, nie wynika to także z ugruntowanej linii orzeczniczej. (...) Przenosząc powyższe na grunt sprawy niniejszej wskazać należy,

że przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 nPzp nie ma charakteru wynikowego, nie wymaga zatem stwierdzenia uprzedniego zaistnienia innych podstaw do wykluczenia z postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. Stanowi on przy tym samodzielną i odrębną od innych podstawę do wykluczenia z postępowania. Już samo stwierdzenie potencjalnego wpływu informacji wprowadzających w błąd na decyzje podejmowane przez zamawiającego prowadzi do wykluczenia z postępowania. Odmierna interpretacja prowadziłaby do sytuacji, kiedy zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 10 nPzp w praktyce powodowałoby konieczność „oczekiwania” przez

zamawiającego na dalsze czynności podejmowane w postępowaniu.

W rezultacie przyjąć należy, iż skarżący - składając oświadczenie JEDZ w dniu 15 lipca 2021 r. - wprowadził zamawiającego w błąd oświadczając, iż nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem. Treść tego oświadczenia nie wytrzymuje bowiem konfrontacji z oświadczeniem z dnia 6 maja 2021 r. złożonym przez (...) o rozwiązaniu umów z dnia 20 kwietnia 2017 r. (nr (...)) i 14 września 2018 r. (nr)).

Notabene, w ocenie odwołującego Multiconsult – w świetle zaprezentowanych informacji – powinien zostać wykluczony z postępowania również na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. To bowiem ten podmiot oraz Kolin, w wyniku zatajenia informacji o powyższym zdarzeniu

z przeszłości ww. podmiotu trzeciego, sami pozbawili się możliwości wykazania w ramach postępowania o udzielenie zamówienia (gdzie powinno to mieć miejsce) braku podstaw do wykluczenia. Z posiadanych przez odwołującego informacji wynika przy tym, że opisane odstępienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Multiconsult. Pozostałe przesłanki wskazane w treści art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie budzą przy tym wątpliwości. Doszło bowiem do niewykonania umowy, a także odstąpienia od niej przez zamawiającego.

W świetle powyższego nie powinno budzić wątpliwości, że zamawiającemu zostały przedstawione nieprawdziwe informacje, wprowadzające w błąd, które miały wpływ na wynik postępowania. Wybrany został bowiem wykonawca, który powołał się na zasoby podmiotu, co do którego co najmniej nie jest przesądzone, czy nie podlega on wykluczeniu z postępowania. Dzięki takiej sytuacji Kolin wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Można przy tym z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć – choć jest to okoliczność drugorzędna –

iż zamawiający, o ile tylko miałby dostęp do powyższych informacji, podjąłby środki celem weryfikacji sytuacji podmiotowej Multiconsult. Nie mógł tego jednak zrobić z uwagi na działania Kolin i Multiconsult. Powszechnie przy tym podkreśla się, że do ziszczenia się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wystarczające jest już tylko niedbalstwo wykonawcy, które nie wymaga nawet – jak lekkomyślność – aby dany podmiot w ogóle przewidywał możliwość wprowadzenia w błąd: niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić (...) (KIO 3712/21). Ponadto, nie tylko w orzecznictwie Izby, ale także Sądu Okręgowego w Warszawie (Sądu Zamówień Publicznych) nie budzi obecnie wątpliwości, iż wykonawca (podmiot), który nie odpowiada zgodnie z prawdą na sformułowane w JEDZ pytania (prezentuje treści odmienne od oczekiwanych w nim), w tym nie są notyfikowane zamawiającemu zdarzenia istotne z punktu widzenia treści art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, wprowadza w błąd zamawiającego, a w konsekwencji podlega wykluczeniu (wyrok SO

w Warszawie z dnia 14 czerwca 2023 roku, XXIII Zs 28/23; z dnia 23 sierpnia 2019 roku, XXIII Ga 469/18).

W tym miejscu warto nawiązać do jednego z pierwszych wyroków, który zapadł na kanwie nowego Pzp, a który dotyczył przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W wyroku z 14 marca 2022 r. Izba wprowadziła z jednej strony podkreśliła, że treść przesłanek wykluczenia stanowi niewątpliwie odpowiedź dla wykonawcy, o jakie sytuacje chodzi w przypadku poszczególnych pytań sformułowanych w JEDZ. Niemniej jednak jednocześnie podkreśliła, że nie jest domeną wykonawcy decyzja, czy podlega on wykluczeniu, czy też nie. Takiej oceny dokonuje zamawiający, z tym, że musi mieć w tym zakresie odpowiednie informacje ze strony wykonawcy (podmiotu trzeciego). Pytanie w JEDZ dotyczy przy tym zdarzeń z przeszłości i ma ono charakter obiektywny (dotyczy faktów): 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 PrZamPubl. 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 PrZamPubl. 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). (...) Warto również zaznaczyć, że konstrukcja JEDZ umożliwia wykonawcy pełne wykazanie niepodlegania wykluczeniu i daje możliwość szerokiego odniesienia się do udzielonych informacji, oczywiście pod warunkiem, że taka informacja zostanie wskazana - po zaznaczeniu odpowiedzi „tak” na sporne pytanie w JEDZ mamy pole do wypełnienia pn. „proszę je opisać”, gdzie wykonawca ma możliwość szczegółowego odniesienia się do udzielonej odpowiedzi. Takie działanie jest stałą praktyką rynkową, potwierdzoną przez dokumenty JEDZ z innych postępowań, które na rozprawie przedłożył przystępujący Intercor (z dowodów tych wynika, że przedsiębiorcy korzystają też

z możliwości złożenia oddzielnego załącznika do JEDZ tylko w tym zakresie). Udzielenie odpowiedzi „tak” otwiera drogę

do rzetelnego badania zdolności podmiotowej co do okoliczności, które należy zweryfikować w ramach podstawy wykluczenia. Dokument JEDZ jest uniwersalnym oświadczeniem i nie ma przyzwolenia na podawanie w nim informacji wprowadzających w błąd, omawiane pytanie jest proste i daje zamawiającemu podstawę do rzetelnej weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawcy (KIO 499/22).

Powołany wyrok jednoznacznie i prawidłowo wskazuje, że każdy wykonawca (podmiot) powinien notyfikować zamawiającemu fakt, iż w jego przypadku miało miejsce np. odstąpienie od umowy czy też naliczenie kary umownej. Natomiast wątpliwości, czy doszło do wystąpienia podstaw wykluczenia, powinien rozstrzygnąć i ocenić zamawiający. Ewentualny brak przedstawienia tej informacji powoduje, że zamawiający w ogóle nie będzie miał takiej możliwości.

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych. W wyroku z 24 października 2017 r. Sąd Okręgowy w Warszawie, odnosząc się do zbliżonej do poruszanej w tym miejscu kwestii stwierdził: Ta rubryka pomija całkowicie element odpowiedzialności/winy po którejkolwiek stronie umowy o zamówienie publiczne. Ten aspekt jest dopiero w kolejnej rubryce JEDZ, która powinna być zostać uzupełniona przez (...), gdyż stanowiła konsekwencję rozwiązania przed czasem umowy z (...). Rubryka ta brzmi następująco: "Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? () Tak () Nie Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:" (...) nie wypełniło tej rubryki, gdyż uznało, że nie znajdowało się w sytuacji wyżej wskazanej. Całkowicie bezpodstawnie, powinno było to uczynić. W dalszej części uzasadnienia sąd wskazuje, że nic nie stało na przeszkodzie, ażeby wykonawca uniknął wykluczenia z postępowania, wykazując szczegółowo zamawiającemu, że rozwiązanie umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Za spóźnione należy przy tym uznać podnoszenie tych argumentów na późniejszych etapach, tj. kiedy postawiony został już zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd. Podsumowując obowiązki spoczywające na wykonawcy sąd stwierdził: To on musiał być transparentny w tym zakresie i "zaoferować" Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją (XXIII Ga 928/17).

Powyższe w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje, iż zamawiający nie miał pełnej informacji. Dlatego też został wprowadzony w błąd. Co ważne, Nie jest to przy tym jedyne zdarzenie, o którym zamawiający nie został poinformowany. Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, iż na Multiconsult nałożona została kara umowna w trakcie realizacji umowy nr 90/105/0001/17/Z/J z 09.01.2017 r. na prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni”, które to zamówienie jest realizowane na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny. W szczególności nałożono na Multiconsult karę w wysokości ok. 3 mln zł za opóźnienia. Także próżno tej informacji szukać w treści załącznika nr 1. Co przy tym istotne, jak pokazały złożone w postępowaniu wyjaśnienia dot. zdarzeń istotnych z punktu widzenia treści art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Multiconsult zdaje się w ogóle nie notyfikować tego typu okoliczności zamawiającym. Dopiero bowiem w wyniku wezwania przyznał się, iż oprócz odstąpienia od umowy przez Polskie LNG S. A., wykonawcy temu została naliczona kara umowna. W ocenie odwołującego już ten fakt (braku przedstawienia informacji o tym zdarzeniu pierwotnie przez Multiconsult i umniejszaniu tego w wyjaśnieniach) powinien zwrócić uwagę Kolin, co do „lekkości”, z jaką do tych kwestii podchodzi podmiot trzeci. Za całkowicie chybione należy przy tym uznać wskazywanie, iż „odszkodowanie nie zostało zasądzone” – sam brak rozstrzygnięcia przez sąd co do kary umownej na gruncie nowej ustawy nie zwalnia bowiem z podawania tego typu informacji zamawiającym, o czym każdy profesjonalny wykonawca powinien wiedzieć.

W powyższej sytuacji wydaje się nie budzić wątpliwości, że wobec Wykonawcy wystąpiła co najmniej podstawa wykluczenia opisana w treści art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, o ile Izba nie uzna (na takim stanowisku stoi odwołujący), że właściwą jest wręcz ta wyrażona w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Kolin wprowadził bowiem zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że Multiconsult nie podlega wykluczeniu (zataił te informacje), w wyniku co najmniej (rażącego) niedbalstwa. Spółka ta (Wykonawca) z pewnością powinna bowiem dochować należytej staranności przy przekazywaniu zamawiającemu stosownych informacji, w tym w zakresie podmiotu trzeciego. Przede wszystkim, co podkreśla się w orzecznictwie, informacje te powinny zostać zweryfikowane przez Wykonawcę, co, jak pokazuje przykład odwołującego, nie nastroczało większych problemów. Kolin całkowicie ignorował przy tym sygnały (ewentualnie był świadom opisanych okoliczności) co do nierzetelnego sposobu prezentowania przez Multiconsult informacji (m.in. w zakresie naliczonych kar umownych). Pokazuje to, iż nie dochował On należytej staranności. Należy przypomnieć, że przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji, o przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc

zachowanie się przez nią w określonej sytuacji
w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej (tak: wyrok Sądu Najwyższego
z 10.03.2004 r. sygn. akt IV CK 151/03) (KIO 576/17).

Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych, w tym bez udziału podmiotów trzecich podlegających wykluczeniu. Jak wskazuje Izba: „Nie może jednak umknąć, że przepis art. 24 ustawy Pzp ma stanowić przede wszystkim zabezpieczenie dla zamawiającego, że ma do czynienia z wykonawcą rzetelnym, który prawidłowo zrealizuje jego zamówienie. Niewątpliwie wykonawca rzetelny to wykonawca przedstawiający zamawiającemu prawdziwe, zgodne ze stanem faktycznym informacje. Naganność podania zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd jest oczywista i nie może podlegać dyskusji” (KIO 185/18).

Bezsporne jest, że Kolin nie sprostął obowiązkowi spoczywającemu na wykonawcy, który ubiega się o zamówienie publiczne. Niepodanie bowiem tak istotnych informacji, które rzutują na ocenę przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niewątpliwie zakwalifikować należy jako co najmniej niedbalstwo. Zmaterializowały się również w niniejszej sytuacji skutki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Nie tylko bowiem doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, czego dowodem jest dokonanie wyboru oferty Kolin, mimo iż Wykonawca ten nie wykazał braku podstaw wykluczenia Multiconsult. Tym bardziej mamy do czynienia ze skutkiem, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Przepis ten nie wymaga bowiem wprowadzenia w błąd, a jedynie przedstawienia informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego (stan hipotetyczny). Potwierdza to orzecznictwo Izby (KIO 2007/17, KIO 2014/17, KIO 185/18. K. Różowicz, Wykluczenie wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, Komentarze praktyczne, LEX. KIO 576/17).

Niewątpliwie z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Przedstawione przez Wykonawcę informacje są obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością. CPK odstąpiło bowiem od umowy z Multiconsult, o czym zamawiający nie został poinformowany, podobnie jak o karze, która została naliczona ww. podmiotowi trzeciemu. Podkreślenia wymaga,

że w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych rozstrzygane były już sprawy podobne, w których oceniano, czy wykonawca, który nie odpowiada prawdziwie na sformułowane w JEDZ pytania, wprowadza w błąd zamawiającego, a zatem podlega wykluczeniu. Przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 23 sierpnia 2019 roku (XXIII Ga 469/18) wskazano: *Bezsporne w sprawie było - że doszło do rozwiązania przed czasem wcześniejszej umowy, która wiązała skarżącego ze (...) Zarządem Dróg Wojewódzkich. R. S. złożył jednak - starając się o przedmiotowe zamówienie publiczne, organizowane przez (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich - wypełniony dokument nie odzwierciedlający powyższego stanu faktycznego. Tym dokumentem był obowiązujący w tym postępowaniu Jednolity (...) Dokument Zamówienia (JEDZ). Sąd Okręgowy przy analizie tego dokumentu posługiwał się ogólnie dostępnymi danymi znajdującymi się na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, pod adresem: (...) Zresztą sam skarżący powoływał się na niego w toku rozprawy w dniu 14 sierpnia 2019 roku. W dokumencie JEDZ skarżący 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?" odpowiedział przecząco. Decyzja była podjęta świadomie i w żadnym wypadku nie była spowodowana oczywistą omyłką, tzn. zamiast zaznaczenia w JEDZ słowa "TAK", nieświadomie zaznaczono słowo "NIE". Jednocześnie bowiem nie podano w tym dokumencie, Zamawiającemu żadnej informacji, nie wspominając o szczegółowych, na temat rozwiązania umowy ze (...) w K. przed czasem. Taki natomiast obowiązek przewidywał kolejny fragment JEDZ, który brzmi następująco - "Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:". Ta rubryka pomija całkowicie element odpowiedzialności/winy po którejkolwiek stronie umowy o zamówienie publiczne. Ten aspekt jest dopiero w kolejnej rubryce JEDZ, która powinna była zostać uzupełniona przez R. S., gdyż stanowiła konsekwencję rozwiązania przed czasem umowy ze (...) Zarządem Dróg Wojewódzkich w K. R. S. nie wypełnił tej rubryki, gdyż uznał, że nie znajdowało się w sytuacji wyżej wskazanej. Całkowicie bezpodstawnie, powinien był to uczynić". Podobnie w wyroku tego sądu z 14 czerwca 2023 roku (XXIII Zs 28/23).*

Kończąc rozważania w zakresie tego zarzutu podnieść jeszcze należy, że na obecnym etapie nie istnieją podstawy do sanowania zidentyfikowanej wadliwości. Procedura samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 Pzp nie może być bowiem traktowana jako forma ratowania wykonawcy, który wprowadził instytucję zamawiającą w błąd. Wskazuje na to jednoznacznie w swoim orzecznictwie Izba, np. w wyroku z dnia 13 sierpnia 2019 r. „Samooczyszczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 8 p.z.p. i niepodleganie wykluczeniu z art. 24 ust. 9 p.z.p. w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest

niemożliwe, gdyż wykonawca

w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wprowadził Zamawiającego w błąd nie może jednocześnie rzetelnie wykazywać, że przedsięwziął takie środki zaradcze, aby Zamawiający mógł uznać samooczyszczenie za dopuszczalne". Podobnie w wyroku

z dnia 28 lutego 2018 r.10: „Łączna interpretacja art. 24 ust. 8 i 9 p.z.p. prowadzi do wniosku, że to wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego wykonawcy. Procedura wskazana w art. 24 ust. 8 p.z.p. służy dobrowolnemu naprawieniu szkody - wykonawca winny wprowadzenia w błąd musi się do tego przyznać, zanim fakt ten uświadomi sobie zamawiający. W przeciwnym wypadku zastosowanie ma art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. Przepis ten nie przewiduje możliwości zaoferowania wykonawcy „drugiej szansy”.

Gdyby bowiem uznać, że wykonawca, nawet gdy wprowadzi zamawiającego w błąd, dostanie kolejną szansę, stanowiłoby to niczym nieuzasadnione i niebezpieczne

z perspektywy systemu zamówień publicznych przyzwole nie na przedstawianie instytucji zamawiającej nieprawdziwych informacji (wykonawcy mogliby wówczas liczyć, że nawet jeśli zamawiający zorientuje się, że podane mu informacje są nieprawdziwe, to i tak dostanie kolejną szansę).

ZARZUT DOTYCZĄCY WPROWADZENIA W BŁĄD ZAMAWIAJĄCEGO – PRZEDSTAWIENIE INFORMACJI KOLIN

Powyższe stanowisko jest tym bardziej zasadne, że także sam Kolin, jak się okazuje, nie informuje zamawiającego o wszystkich okolicznościach z Jego historii kontraktowej. Jak wynika bowiem z informacji posiadanych przez odwołującego, także Wykonawcy, choć niewielkie, to jednak naliczone zostały kary umowne. Mimo takiej sytuacji, Kolin zaniechał poinformowania o tym fakcie zamawiającego. W ocenie Odwołującego, również w tym przypadku sam pozbawił się możliwości wykazania, iż nie zachodzą względem niego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W powyższym kontekście odwołujący wskazuje, iż zgodnie z pismem GDDKiA Oddział w Kielcach z 16 października 2023 roku, Kolin naliczone zostały trzy kary umowne – dwie za brak przedłożenia w terminie poświadczona za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, jedna za przekroczenie terminu przedłożenia dokumentów w postaci Programu czy też raportu z postępu prac. W sumie na Kolin z powyższego tytułu naliczono kary w wysokości 110.000, 00 zł. Mimo iż są to kary niewielkiej wartości, powszechną praktyką stosowaną przez wykonawców na rynku budowlanym jest notyfikowanie zamawiającym, że tego typu zdarzenia miały miejsce. Kolin, jeśli spojrzeć na przedstawione w postępowaniu dokumenty, zaniechał tego. Aktualnie przy tym pozostają w tym miejscu w całości powołane już powyżej poglądy prezentowane w orzecznictwie, w tym m.in. iż – po pierwsze – art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp nie ma charakteru wynikowego, co znaczy, że do zaistnienia wprowadzenia w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp) nie jest konieczne jednoczesne wystąpienie podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp – po drugie – Wykonawca nie może być sędzią w swojej sprawie i o powyższych zdarzeniach powinien lojalnie poinformować zamawiającego. Tylko bowiem takie poinformowanie pozwala zamawiającemu na podjęcie decyzji o ewentualnym wezwaniu wykonawcy do stosownych wyjaśnień celem wykazania braku podstaw wykluczenia. Pamiętać przy tym należy, że sama niska wartość naliczonych kar nie zwalnia też automatycznie wykonawcy z ich podawania, a co zatem idzie, nie czyni takich informacji irrelewantnych. Znajduje to potwierdzenie choćby w treści motywu 101 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w którym wyraźnie wskazano, że: Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie. Potwierdza to zatem, że sam fakt naliczenia tego typu kar nie uprawnia wykonawcy do udzielenia – w rzeczy samej – wbrew rzeczywistej treści pytania odpowiedzi „Nie”. Istotę wspomnianych kar podkreśla się również w orzecznictwie: Rzeczywiście suma kar umownych, jak słusznie wskazał odwołujący w skali całej umowy nie jest znacząca, można nawet stwierdzić, że jest to kwota marginalna i to nawet przyjmując kwotę wyższą, wskazaną przez zamawiającego w treści uzasadnienia

z 10 czerwca 2022 r., stanowi bowiem ona zaledwie 0,43% wartości umowy. Jednak okoliczność ta w ocenie Izby pozostaje bez znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek,

o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten mówi, że skutkiem długotrwałego niewykonania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu zobowiązania ma być m.in. odszkodowanie. Jak wskazuje się w piśmiennictwie termin ten powinien być rozumiany na gruncie omawianego przepisu szeroko i obejmuje on także wszelkie surogaty odszkodowania w tym kary umowne (vide: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. pod red H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021 r.).

Niezależnie od powyższego, ponownie należy przy tym podkreślić, co wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, że: to nie wykonawca jest uprawniony do oceny określonych informacji przez pryzmat przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Ocena taka mieści się w kompetencjach

zamawiającego jako gospodarza postępowania. Przystępujący zaś nie był uprawniony do zaznaczenia odpowiedzi "nie" w odpowiedzi na pytanie "Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?"

w oparciu o subiektywne przeświadczenie, że naliczona mu kara umowna nie dawałaby podstawy do wykluczenia go na podstawie wskazanego przepisu. Argumenty podniesione przez przystępującego, jak i dowody złożone na okoliczność wykazania, że kontrakt dotyczący Elektrociepłowni Żerań został zrealizowany prawidłowo powinny być poddane ocenie przez zamawiającego, o ile zamawiający, prawidłowo poinformowany o naliczeniu kar umownych spółce Polimex Mostostal dążyłby do wyjaśnienia związanych z tym zdarzeniem okoliczności. Nie ma też znaczenia w sprawie kwestia tego, czy wykonawca, na którego zostały nałożone kary umowne ma zamiar dążyć do ich uchylecia czy pomniejszenia. Na moment oceny spełniania przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu możliwość uchylecia kary umownej miała charakter przyszły i niepewny, przystępujący nie mógł zatem na tej podstawie odstąpić od podania zamawiającemu stosownych informacji.

Warto wspomnieć, iż powyższe orzeczenia również zapadło w odniesieniu do kar niewielkiej wartości w stosunku do całego kontraktu. Izba okoliczność tę, w świetle braku poinformowania o niej zamawiającego, uznała jednak za irrelevantną. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem prezentowanie zamawiającemu wszystkich informacji, których się od niego oczekuje, a na które wskazuje treść stosownych dokumentów (JEDZ). Wykonawca zachował się jednak nielojalnie w stosunku do GDDKiA, zatajając istotne z punktu widzenia postępowania informacje.

Zamawiający, pismem procesowym z 11 lutego 2024 roku, oświadczył, iż:

- 1)uwzględnia odwołanie w zakresie uznania, że wobec Multiconsult Polska sp. z o.o. (dalej zwanego: „Multiconsult”), tj. podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołał się przystępujący zachodzą podstawy wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp,
- 2)w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wniósł o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kwoty 3.600,00 zł stanowiącej równowartość kosztów poniesionych przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z przedstawioną fakturą.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy Pzp, zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie, tj.

- 1)Aktu umowy nr 10/2/RK/2021 z dnia 15.10.2021 wraz z Wyciągiem z SWK
- 2)Noty obciążeniowa nr 4052300028 z dnia 29.06.2023
- 3)Noty obciążeniowa nr 4052300026 z dnia 20.06.2023
- 4)Noty obciążeniowa nr 4052300033 z dnia 07.07.2023

- celem wykazania braku podstaw do zastosowania przesłanek wykluczenia względem przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5), 7), 8) ani 10) ustawy Pzp, charakteru naliczonych przystępującemu kar umownych, ich wysokości i podstawy naliczenia.

Zamawiający wskazał, iż nie podziela wniosków jakie wywiódł odwołujący w odwołaniu w zakresie żądania wykluczenia z postępowania przystępującego i odrzucenia jego oferty z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie zatajenia informacji o odstąpieniu przez CPK od umowy w części niewykonanej przez Multiconsult, nałożeniu na Multiconsult kar umownych oraz informacji dotyczących naliczenia kar umownych przystępującemu.

W nawiązaniu do stanowiska odwołującego, jak również stanowiska przystępującego zawartego w piśmie z 6 lutego 2024 r., zamawiający zauważa, że w toku badania i oceny ofert zamawiający opierał się na dokumentach i oświadczeniach złożonych przez wykonawców, w tym przystępującego w postępowaniu. Na obecnym etapie, celem ustosunkowania się do odwołania, zamawiający zapoznał się i przeanalizował zarówno treść odwołania, jak i stanowisko przystępującego, wraz z zawartymi w ww. pismach dowodami. W ocenie zamawiającego podstawą rozstrzygnięcia niniejszego postępowania jest kwestia oceny czy przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd oraz czy wobec Multiconsult zachodzą podstawy do wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp. Bezspornym jest bowiem, że zamawiający w postępowaniu wprowadził fakultatywne podstawy wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 oraz 10 ustawy Pzp.

Zamawiający zauważa, że ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. Konstrukcja omawianego przepisu pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na

kanwie art. 355 § 1 k.c. (por. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20.03.2017 r., KIO 382/17), zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność).

W powyższym zakresie zamawiający podziela poglądy odwołującego. Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Stwierdzenie niedbalstwa danego podmiotu jest uzasadnione tylko wtedy, gdy podmiot ten zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niego miernika należytej staranności. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach niniejszego postępowania za profesjonalistę należy uznać również podmiot udostępniający zasoby przystępującemu, tj. Multiconsult. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu (w niniejszym postępowaniu również na Multiconsult, który składa oświadczenia), aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. W tym wypadku wykonawca powinien dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając prawną świadomość jako profesjonalista, konsekwencji ich nierzetelnej prezentacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 grudnia 2018 r., KIO 2372/18).

Zamawiający podziela co do zasady twierdzenia odwołującego, że wykonawca zobowiązany jest uprzednio dokładnie przeanalizować informacje uzyskane od innych podmiotów i dokonać ich sprawdzenia pod kątem prawdziwości, a następnie poinformować

o nich zamawiającego. Pominięcie tego obowiązku przez wykonawcę można jednak rozpatrywać jedynie w kategoriach niezachowania należytej staranności lub braku dbałości w prowadzeniu działalności gospodarczej.

W nawiązaniu do zarzutów postawionych w odwołaniu, zamawiający zauważa również, że dokument JEDZ oraz następnie oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, nie służą przedstawianiu całej historii kontraktowej wykonawcy, w tym wszelkich zdarzeń, w których realizacja umowy napotkała jakiegokolwiek trudności. Natomiast wykonawcy zobowiązani są podać w tym dokumencie informacje na temat takich nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania.

W związku z powyższym zamawiający wskazuje co następuje.

Zarzut dotyczący wprowadzenia w błąd zamawiającego – przedstawienie informacji dot. Multiconsult:

a) Odstąpienie przez CPK od umowy w części niewykonanej przez Multiconsult

Podstawę faktyczną podnoszonych przez odwołującego zarzutów stanowiły w istocie następujące okoliczności, tj.:

- 1) fakt odstąpienia przez CPK od umowy w części niewykonanej przez Multiconsult;
- 2) z okoliczności wskazanych w pkt 1 powyżej odwołujący wywodził, że w tym przypadku można mówić o spełnieniu przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp;

- 3) brak wzmianki o odstąpieniu wskazanym w pkt 1 powyżej w oświadczeniu o aktualności JEDZ;

- 4) zdaniem odwołującego w sytuacji, gdy zamawiający odstąpił od umowy z Multiconsult,

a wykonawca nie ujawnił tej informacji w dokumencie JEDZ, świadczy to o zamierzonym działaniu tego podmiotu bądź co najmniej o rażącym niedbalstwie.

W ocenie zamawiającego powyżej wskazane okoliczności nie stanowią wystarczającego uzasadnienia dla ewentualnego uznania, że wobec Multiconsult zachodzą przesłanki do wykluczenia, czy tym bardziej do uznania, że przystępujący podlega wykluczeniu

z postępowania w oparciu o którykolwiek z przepisów powołanych przez odwołującego.

Z jednej strony odwołujący nie sprostował obowiązkowi wykazania, że w stosunku do Multiconsult ziszczyły się kumulatywnie przesłanki wykluczenia w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. Z drugiej strony, jak wynika to z dowodów przedstawionych przez przystępującego Multiconsult zawarł z CPK dnia 17 listopada 2023 r., tj. przez złożeniem oświadczenia o aktualności JEDZ, ugodę zgodnie z którą CPK oświadczyło, że Multiconsult realizując Umowę nie przyczynił się do powstania sytuacji określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 ustawy Pzp.

W konsekwencji, skoro cały wywód odwołania sprowadza się do konsekwencji związanych z odstąpieniem przez CPK od umowy z Multiconsult, a tym samym możliwości zaistnienia przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, to w związku z uznaniem,

że Multiconsult realizując Umowę nie przyczynił się do powstania sytuacji określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy

Pzp, przez podmiot, na rzecz którego umowa była wykonywana - CPK, należy uznać, że w sposób skuteczny zostały zakwestionowane przez przystępującego te podstawy odwołania, w oparciu o które odwołujący żądał wykluczenia wykonawcy.

Zamawiający zauważa, że w literaturze, jak też w opinii UZP, wyraźnie podkreśla się, iż w ramach JEDZ wykonawca nie ma obowiązku przedstawiania całej swojej historii kontraktowej, a jedynie te przypadki, które racjonalnie rzecz oceniając, mogą stanowić podstawę do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7) Pzp.

W związku z powyższym skoro odwołujący nie udowodnił spełnienia przesłanek wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, to tym samym z oświadczenia w JEDZ, nie można wywieść elementów lekkomyślności, niedbalstwa, zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w przedstawianiu informacji zamawiającemu, które miałyby wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, w celu wykazania podstaw do wykluczenia przystępującego, czy też Multiconsult, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8, czy też pkt 10 ustawy Pzp.

b) Kary umowne nałożone na Multiconsult

W ocenie zamawiającego, w zakresie zatajenia przez Multiconsult, naliczenia przez PKP PLK S.A Centrum Realizacji Inwestycji, Region Północny w dniu 25 maja 2021 r. kar umownych, w wysokości 2 527 000 zł, w trakcie realizacji umowy nr 90/105/0001/17/Z/J

z 09.01.2017 r. na prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni” niewątpliwie zaszła sprzeczność pomiędzy treścią dokumentu JEDZ oraz oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp złożonym przez Multiconsult, a rzeczywistością, mająca znaczenie dla postępowania. Przedmiotowe kary zostały naliczone za przekroczenia przez Multiconsult określonych w wezwaniach nadzoru autorskiego terminów dostarczenia rozwiązań problemów zgłaszanych przez zamawiającego, co wpisuje się w możliwość ewentualnego spełniania przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Zamawiający został wprowadzony w błąd, czyli nabrał mylnego wyobrażenia

o stanie faktycznym, co skutkowało wyborem oferty przystępującego bez uprzedniego badania czy podmiot udostępniający zasoby tj. Multiconsult podlega wykluczeniu w zakresie przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – miało to istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Rację ma w tym zakresie odwołujący, że podanie przez Multiconsult informacji o naliczeniu ww. kar umownych pozwoliłoby zamawiającemu na rzetelną ocenę oferty przystępującego w postaci sprawdzenia, czy nie zachodzą wobec podmiotu udostępniającego zasoby przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czego zamawiający został pozbawiony. Inicjatywa w tym zakresie leżała po stronie Multiconsultu, a profesjonalista powinien zdawać sobie sprawę, że potwierdzenie aktualności JEDZ będzie miało realny wpływ na ocenę ofert dokonywaną przez zamawiającego, a tym samym na decyzje podejmowane w przetargu. Pamiętać należy również o tym, że Multiconsult dnia 21 listopada 2023 r. złożył, w związku z wezwaniem skierowanym do przystępującego, a dotyczącym wyjaśnień JEDZ Multiconsult w zakresie wykazanego w załączniku do JEDZ rozwiązania umowy z zamawiającym Polski LNG S.A., wyjaśnienia, w których jednoznacznie oświadczył, że „poza przypadkiem opisanym w niniejszych wyjaśnieniach (spór z Gaz-System S.A), nie pozostaje obecnie w żadnym sporze, którego skutkiem mogłoby być stwierdzenie okoliczności stanowiących przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Podczas gdy już dnia 25 maja 2021 r. Multiconsult posiadał informacje o naliczeniu kar umownych przez PKP PLK S.A.

W związku z powyższym uznać należy, że przy przedstawieniu omawianych informacji Multiconsult należy przypisać co najmniej niedbalstwo, a przy tym zachowanie wykonawcy należy oceniać przez jego zawodowy charakter (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Do niedbalstwa dochodzi, kiedy podmiot wprost nie przewiduje skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien być przewidzieć.

c) *wprowadzenie w błąd zamawiającego przez przystępującego w zakresie informacji przedstawionych przez Multiconsult.*

Zamawiający, co do zasady popiera stanowisko odwołującego, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej.

Kwestią sporną w niniejszym postępowaniu jest natomiast okoliczność, czy przystępujący przedkładając wskazane przez odwołującego informacje dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby dochował tej należytej staranności. Zamawiający analizując dokumenty postępowania ocenił, że zachowaniu przystępującego nie można przypisać znamion naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Po pierwsze, jak wynika z pisma przystępującego z 21 listopada 2023 r., zwracał się on bezpośrednio do podmiotu udostępniającego zasoby – Multiconsult, o udzielenie informacji

w zakresie wystąpienia przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Przystępujący w tym zakresie dnia 21 listopada 2023 r. uzyskał jednoznaczną odpowiedź wskazującą, że Multiconsult poza przypadkami opisanymi w wyjaśnieniach (spór z GazSystem S.A.) nie pozostaje w żadnym sporze, którego skutkiem mogłoby być stwierdzenie okoliczności stanowiących przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Informacja ta pochodziła od podmiotu, który w tym zakresie posiada najpełniejszą i aktualną wiedzę. Po drugie, zamawiający nie podziela twierdzeń odwołującego, że informacje w zakresie umów, które z danym podmiotem zostały rozwiązane, bądź w ramach, których nastąpiło odstąpienie od umowy, czy też naliczono kary umowne są łatwo dostępne. Zamawiający dokonał wpisania w wyszukiwarce fraz zastosowanych przez odwołującego, nie uzyskując przy tym informacji, na które powołuje się odwołujący.

W związku z powyższym nie sposób uznać, że informacje dotyczące odstąpienia od umów poszczególnych wykonawców są powszechnie i łatwo dostępne.

Ponadto zauważyć należy, że przy stosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności, tym bardziej jeżeli wykluczenie przewidziane przez uregulowanie krajowe dotyczy wykonawcy, który złożył ofertę, z powodu naruszenia popełnionego nie bezpośrednio przez niego, lecz przez podmiot, na którego zdolności zamierza on polegać i wobec którego nie dysponuje żadnym środkiem kontroli (zob. podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, pkt 48).

W ocenie zamawiającego przystępujący świadomy okoliczności związanych z wprowadzeniem przez zamawiającego w postępowaniu przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10) ustawy Pzp, dochował należytej staranności zwracając się do podmiotu posiadającego najszerszą wiedzę w tym zakresie celem przekazania informacji zamawiającemu. A wykluczenie przystępującego z postępowania, w okolicznościach niniejszej sprawy stałoby w sprzeczności ze wskazaną powyżej zasadą proporcjonalności.

d) zastosowanie art. 122 ustawy Pzp.

Przepis art. 122 ustawy Pzp wskazuje na możliwość zmiany podmiotu udostępniającego zasoby zgłoszonego na etapie składania oferty w trakcie procedury weryfikacji spełniania przez wykonawcę odpowiednich warunków zamówienia. Zastąpienie podmiotu trzeciego możliwe jest wyłącznie w takim przypadku, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu trzeciego wskazanego pierwotnie przez wykonawcę nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia. W takiej sytuacji możliwe stają się: 1) dokonanie zmiany zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci albo 2) wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem.

Zatem w przypadku, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, gdy w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca powinien mieć zezwolenie instytucji zamawiającej na zastąpienie tego podmiotu, tym bardziej że taka możliwość została art. 122 ustawy Pzp wprowadzona do krajowego porządku prawnego.

Zamawiający informuje w tym miejscu, że zgodnie z żądaniem odwołującego, w związku z zaistnieniem wobec Multiconsult podstawy do wykluczenia (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp), planowane jest unieważnienie wyboru oferty przystępującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty przystępującego, w tym dokonanie wezwania przystępującego w zakresie uzupełnienia zdolności zawodowych dotyczących osób na podstawie art. 126 ust. 1 w związku z art. 122 ustawy Pzp.

3. zarzut dotyczący wprowadzenia w błąd zamawiającego – przedstawienie informacji dot. przystępującego.

Zamawiający zauważa, że przedmiotowy zarzut odwołującego sprowadza się do prostego przyjęcia, że wykonawcy wypełniający JEDZ, oraz później w okresie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku, gdy zamawiający przewidział zastosowanie w postępowaniu fakultatywnej przesłanki do wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powinni przedstawiać zamawiającym całą swoją historię kontraktową, w tym wszelkie naliczone wykonawcom kary umowne. Zamawiający nie podziela wskazanej przez odwołującego interpretacji. Jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych (Kara umowna, a sposób wypełniania JEDZ - Urząd Zamówień Publicznych - Portal Gov.pl (www.gov.pl)): *Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który 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). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności*".

Zamawiający podaje, że przystępujący został obciążony przez GDDKiA Oddział w Kielcach karami umownymi przy

realizacji kontraktu: 10/2/RK/2021 z dnia 15.10.2021 r. Naliczone przez Oddział w Kielcach kary umowne dotyczyły:

- nieprzedłożenia w terminie raportów (subklauzula 4.21) – kara umowna w wysokości 60.000 zł objęta notą obciążeniową nr 4052300028 z dnia 29.06.2023 r.,
- nieprzedłożenia w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy podwykonawcą a dalszym podwykonawcą (subklauzula 8.7 I F) – kara umowna w wysokości 25.000 zł objęta notą obciążeniową nr 4052300026 z dnia 20.06.2023,
- nieprzedłożenia w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy podwykonawcą a dalszym podwykonawcą (subklauzula 8.7 I F) – kara umowna w wysokości 25.000 zł objęta notą obciążeniową nr 4052300033 z dnia 07.07.2023.

Jak przyznał to sam odwołujący są to kary marginalne, stanowiące 0,016 % zaakceptowanej kwoty kontraktowej (110.000 zł w stosunku do wartości kontraktu 665 210 000 zł). Jednak co najistotniejsze, kary te nie są skutkiem długotrwałego niewykonywania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu lub zakresie istotnych zobowiązań określonych Kontraktem. Ponadto podkreślić należy, że nie każda kara umowna będzie mieściła się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. W katalogu tym mieścić się będzie jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy, przy czym nałożone na przystępującego karu umowne opisane powyżej takiego charakteru nie posiadają (dowód: Akt umowy nr 10/2/RK/2021 z dnia 15.10.2021 wraz z Wyciągiem z SWK, Nota obciążeniowa nr 4052300028 z dnia 29.06.2023, Nota obciążeniowa nr 4052300026 z dnia 20.06.2023, Nota obciążeniowa nr 4052300033 z dnia 07.07.2023).

Podsumowując, zamawiający za wyrokiem KIO z 21 listopada 2023 r., sygn. KIO 3293/23, wskazuje, iż w związku z tym, że pytanie w dokumencie JEDZ służy weryfikacji istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, niezasadne jest założenie,

że w odpowiedzi na to pytanie należy przedstawiać wszelkie zdarzenia zaistniałe w toku realizacji wszelkich umów, bez względu na to, czy wyczerpują one znamiona działań uzasadniających wykluczenie. Kary umowne, wskazane w odwołaniu, naliczone przystępującemu niewątpliwie nie wyczerpują znamion uzasadniających wykluczenie przystępującego.

4. stanowisko dot. zarzutu nr 5 odwołania.

Wyraźnie podkreślić należy, że z uwagi na rozkład ciężaru dowodów w niniejszym postępowaniu to na odwołującym, podnoszącym zarzut naruszenia przez zamawiającego: „art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia

z Postępowania i odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, w której zarówno podmiot udostępniający zasoby (Multiconsult), a także Kolin, z uwagi na odstąpienie przez zamawiającego od umowy/ naliczenie kary umownej, podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż – m.in. zatajając przed Zamawiającym stosowne informacje – pozbawili się prawa do wykazania w postępowaniu o udzielenie zamówienia braku spełnienia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp”, ciąży obowiązek wykazania, że ziściły się wszystkie przesłanki warunkujące takie wykluczenie. Wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga wykazania, że wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie oraz że nastąpiło to z przyczyn leżących po jego stronie i skutkowało m.in. odstąpieniem od umowy, odszkodowaniem. W przedmiotowej sprawie odwołujący zobowiązany więc jest wykazać w sposób niebudzący wątpliwości, że wystąpiła każda z ww. okoliczności, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. W ocenie zamawiającego odwołujący z tego obowiązku się nie wywiązał.

Przystępujący w piśmie procesowym z 6 lutego 2024 roku, odnosząc się do zarzutów odwołania, wskazał, co następuje.

W zakresie Projektu CPK Multiconsult dysponował już na dzień składania wyjaśnień w dniu 21 listopada 2023 r. oświadczeniem CPK, który stwierdził, iż Multiconsult nie doszło do powstania w Projekcie CPK sytuacji określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 PZP. W zakresie Projektu Port z kolei, Multiconsult uzyskiwał od tego samego zamawiającego kolejne zamówienia i nie był przez tego zamawiającego wykluczany pomimo nieinformowania o nałożeniu kar umownych. Po drugie, ewentualne przypisanie wykonawcy odpowiedzialności za wprowadzenie w błąd wymaga wykazania zaniedbania wykonawcy, bowiem samo przedstawienie informacji błędnej (przedstawieniu informacji błędnej wykonawca zaprzecza) nie skutkuje automatycznie uznaniem istnienia takiego zaniedbania. Odwołujący w ramach swoich obowiązków dowodowych powinien wykazać, na czym polegało zaniedbanie a także umieścić je w kontekście prawidłowo zrekonstruowanego wzorca należytego postępowania.

Odwołujący ogranicza się jedynie do twierdzeń, iż z powyższego wynika, że informacja dotycząca Projektu CPK była łatwo dostępna. Nie tylko dowód ten nie jest aktualny na datę złożenia przez Multiconsult i wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, ale od czasu jego złożenia wyniki wyszukiwania tej konkretnej frazy dają inne rezultaty. Wyniki wyszukiwania innych fraz nie dają wyników, wśród których znajduje się wynik wskazywany przez odwołującego, który

notabene nie daje podstaw do przyjęcia nienależytego wykonania umowy dotyczącej Projektu CPK przez Multiconsult.

Oczywistym jest, że odwołujący dąży do uzyskania zamówienia i dlatego (co prawda jedynie w samym zarzucie) forsuje tezę, iż wykonawca nie może zastąpić Multiconsult innym podmiotem (czy własnymi zasobami). Co niezwykle istotne w tym kontekście, wykonawcy nie można wykluczyć w wyniku zaistnienia przyczyn wykluczenia względem Multiconsult na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP. Na podstawie art. 122 PZP taki podmiot udostępniający zasoby w tym przypadku można zastąpić innym albo wskazać na zasoby własne. Z kolei fakty podnoszone przez odwołującego dotyczące samego wykonawcy Kolin w odniesieniu do nałożenia drobnych kar porządkowych w żadnym wypadku nie stanowią podstawy do wykluczenia, gdyż nie wymagają notyfikacji w JEDZ. Nie ma przy tym znaczenia, że niektórzy wykonawcy z najdalej posuniętej ostrożności notyfikują tego typu okoliczności, skoro w świetle orzecznictwa Izby i opinii UZP obowiązkiem wykonawcy jest notyfikowanie w JEDZ wyłącznie okoliczności, wobec których zachodzi prawdopodobieństwo, że mogą stanowić podstawy wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) PZP. W przedmiotowym przypadku

w sposób oczywisty takiego prawdopodobieństwa nie ma, brak jest zatem podstaw wykluczenia.

Przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga, iż przepisy nie przewidują zastąpienia oświadczenia JEDZ, a także oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) PZP dowodami celowo. Abstrahując tu od niemożliwości wykazania nieistnienia faktu, w przypadkach spornych między stronami zamówienia publicznego, konieczne byłoby przedstawienie niezwykle obszernej i często specjalistycznej dokumentacji, a jej ocena nierzadko wymagałaby opinii eksperta w zakresie wiadomości specjalnych celem rozstrzygnięcia kwestii spornych między stronami. Bardzo często wręcz nie sposób byłoby ocenić, kto ma rację, gdzie leży prawda materialna, bez uprzedniego wyroku sądowego czy uznanego oświadczenia strony, a wszak strony nie mają obowiązku korzystać z drogi sądowej. Oczekiwanie przedkładania obszernej dokumentacji czy zaświadczeń od zamawiającego będącego w sporze z wykonawcą byłoby przejawem nadmiernego, nieuzasadnionego sformalizowania postępowania o zamówienie publiczne, a zamawiający w istocie przejmowałby rolę sądu rozstrzygającego spór, do czego nie jest ani przygotowany, ani uprawniony (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 października 2021 r., KIO 2706/21, z 23 lipca 2021 r. KIO 1482/21).

Podkreślić należy, że odstąpienie jako środek *ultima ratio* może być wyłącznie oparte na ściśle rozumianej podstawie ustawowej albo kontraktowej, zgodnie z art. 395 Kodeksu cywilnego. W braku takowej podstawy (w szczególności w razie błędu wykładni rozszerzającej po stronie zamawiającego) oświadczenie o odstąpieniu jest bezskuteczne, co powoduje,

że brak jest przesłanki konstrukcyjnej wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP, a więc brak jest podstaw do wykluczenia.

Wskazać w kontekście powyższego należy, że częstokroć zdarza się, iż strony, zarówno wykonawca, jak i zamawiający, składają oświadczenia, czy zgłaszają roszczenia o kary umowne, które nie mają żadnej podstawy kontraktowej ani prawnej. Ma to zwykle na celu uzyskanie głównie odpowiedniej przewagi negocjacyjnej w sporze. To prowadzi do składania oświadczeń o odstąpieniu lub wypowiedzeniu, względnie nałożeniu kar umownych, gdy całkowicie brak spełnienia przesłanek ku temu lub ich istnienie jest wysoce wątpliwe. Następnie w związku z tym faktem strony zawierają ugodę celem uchylenia owego stanu niepewności prawnej między nimi i uniknięcia kosztownego sporu sądowego. Podkreślić przy tym należy, że przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) PZP mają charakter kwalifikowany i nie każdy przypadek nienależytego wykonania, czy nawet odstąpienia lub naliczenia kary umownej może stanowić desygnat tych przepisów. Wynika to zarówno wyraźnie z orzecznictwa, jak i opinii Urzędu Zamówień Publicznych z 2 listopada 2022 r.

w kontekście kwalifikacji kar umownych jako roszczenia odszkodowawczego w określonych przypadkach. Kwestia kumulatywnego stosowania przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP (ale i pkt 5) była przesądzona już na gruncie dotychczasowych regulacji PZP z 2004 r. (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 marca 2018 r., KIO 454/18). Na gruncie aktualnych regulacji, UZP w powołanej już opinii z 2 listopada 2022 r. potwierdził powyższą wykładnię na gruncie PZP z 2019 r. Wskazał również na ogólną zasadę w zakresie wykładni przesłanek wykluczenia, które to przepisy jako sankcyjne winny być wykładane ściśle.

Przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp.

a) wprowadzenie w błąd – pkt 8) i 10) – porównanie zakresu przesłanek.

Nie jest w kontekście orzecznictwa oraz opinii UZP prawdziwa teza, jakoby przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp w zakresie wprowadzenia w błąd były całkowicie oderwane od oceny, czy zachodzą wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. Oczywiście, przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp mają do pewnego stopnia charakter samoistny - ta samoistość wynika też z faktu, że dotyczą szerszego spektrum przypadków wprowadzenia w błąd, aniżeli przekazanie informacji o faktach objętych dyspozycją art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. Natomiast wyraźnie podkreśla się

w literaturze, jak też w opinii UZP, iż w ramach JEDZ wykonawca nie ma obowiązku przedstawiania całej swojej historii kontraktowej, a jedynie te przypadki, które racjonalnie rzecz oceniając, mogą stanowić podstawę do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp (istnieje takie prawdopodobieństwo, a kwestię tę ma prawo ocenić zamawiający) – lub przypadki, gdzie powstała przesłanka wykluczenia, ale wykonawca podjął środki zaradcze, które jednocześnie wykazuje (samooczyszczenie). Powyższe potwierdza wprost powołany przez odwołującego wyrok SO w Warszawie z 28 czerwca 2022 r., XXIII Zs 66/22.

Z powyższego wynika, że informacje, które zobowiązany jest zawrzeć wykonawca oraz podmiot udostępniający zasoby w JEDZ oraz w załączniku do tego dokumentu muszą mieć potencjalny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu w zakresie wykluczenia

z postępowania. Innymi słowy, wykonawca oraz podmiot udostępniający zasoby mają prawo pominąć informacje, które są irrelevantne z punktu widzenia wpływu na decyzje zamawiającego.

Powyższe potwierdza opinia UZP, jak również orzecznictwo Izby oraz sądów, że w ramach JEDZ w kontekście przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp wykonawca nie ma obowiązku przedstawiania całej swojej historii kontraktowej z uwzględnieniem wszystkich przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego. Wykonawca ma obowiązek przedstawić tylko te okoliczności, które racjonalnie rzecz oceniając, mogą potencjalnie spełniać wskazane przesłanki wykluczenia (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 9 listopada 2023 r., XXIII Zs 89/23).

W kontekście całokształtu powyższych analiz, w zakresie zarzutu wprowadzenia w błąd zamawiającego w kontekście przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp podkreślić należy, iż pomiędzy tezą, że wykonawca nie musi pokazywać zamawiającemu całej historii kontraktowej w zakresie jakichkolwiek naruszeń, a tezą, że powinien pokazać te okoliczności, które rozsądnie rzecz oceniając, mogą stanowić o prawdopodobieństwie wystąpienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp, istnieje gdzieś granica. Podkreślenia wymaga, iż wykonawca (względnie podmiot udostępniający zasoby) musi dokonać w sposób racjonalny oceny, czy takie prawdopodobieństwo zachodzi. Zatem dla oceny, gdzie ta granica leży, zwłaszcza w przypadkach spornych, gdzie zachowania zamawiającego względem wykonawcy mogą być kwestionowane, kluczową wskazówką będzie zwłaszcza ocena samego zamawiającego, który od umowy odstąpił lub naliczył kary umowne. Przykładem takiej pozytywnej oceny może być oświadczenie zamawiającego w ramach ugody czy brak wykluczania wykonawcy w innych przetargach na podstawie znanych zamawiającemu okoliczności związanych z jego własnymi zamówieniami. Jeżeli zachowanie samego zamawiającego jednoznacznie wskazuje, iż wykonawcy nie można zarzucić podlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) lub 7) ustawy Pzp, to nieprzedstawienie informacji o działaniach takiego zamawiającego nie będzie wprowadzeniem w błąd. Wykonawca podkreśla, że w najmniejszy sposób nie kwestionuje prawa zamawiających do wyjaśniania okoliczności spornych. Wykonawca wskazuje, iż nie jest w jego przekonaniu możliwe dokonanie przez osoby trzecie (tutaj: najpierw wykonawcę, a następnie zamawiającego, nawet jeżeli ten dysponuje szerszymi możliwościami) oceny odmiennej – bowiem pomiędzy zamawiającym a wykonawcą brak jest sporu. Nie ma zatem czego oceniać. Podkreślenia wymaga, jak już wskazano, że przesłanki wykluczenia jako *ultima ratio* muszą być stosowane ściśle. Takie właśnie przypadki pozytywnej oceny zachodzą w odniesieniu do Multiconsult Polska Sp. z o.o. w zakresie zarzutów odwołującego. Zamawiający

w przypadkach opisywanych przez odwołującego, pomimo istnienia początkowo sporu, ocenili pozytywnie ten podmiot pod kątem niepodlegania przesłankom wykluczenia na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. W takiej sytuacji kwestia przypisania wykonawcy nienależytego działania stała się bezprzedmiotowa.

Odpowiedzialność wykonawcy za wprowadzenie zamawiającego w błąd.

W tym miejscu wykonawca ponownie podkreśla, że gdyby nawet przyjąć, iż Multiconsult miał obowiązek przekazania tych informacji do zamawiającego, a zatem należałoby teoretycznie przyjąć, iż oświadczenie Multiconsult przekazane przez wykonawcę wprowadza w błąd, nie oznacza to automatycznej odpowiedzialności wykonawcy.

Oświadczenie o braku przesłanek wykluczenia jako oświadczenie podmiotu trzeciego.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż w zakresie formularza JEDZ oraz załączników do niego w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby, to jest to dokument podmiotu trzeciego, za którego prawdziwość i prawdziwość odpowiada ten podmiot. To podmiot udostępniający zasoby, a nie wykonawca składa oświadczenie w zakresie tego udostępnienia i przez pryzmat tego aspektu należy analizować przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania w wyniku wprowadzenia w błąd na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp.

Stosownie bowiem do art. 125 ust. 5 ustawy Pzp „Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby”. Wykonawca zatem jest przekazicielem (dzierżycielem)

teżę informacji przygotowanej przez podmiot trzeci. Wskazania wymaga, iż składanie oświadczenia w formie formularza JEDZ wraz z oświadczeniem podmiotu udostępniającego zasoby, a następnie oświadczenia w przedmiocie aktualności JEDZ stanowi przejaw odformalizowania procedury w ramach tzw. kultury oświadczeń. Kultura oświadczeń przeciwstawiana jest tzw. kulturze zaświadczeń, w ramach której określone fakty wymagają dowodów, w szczególności w drodze dokumentów urzędowych. Jak podkreślono bowiem w motywie (84) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego I Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa Klasyczna”): *„Wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa, że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji. Ograniczenie takich wymogów, na przykład przez zastosowanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia obejmującego zaktualizowane oświadczenie własne, mogłoby w znacznym stopniu uprościć procedurę z korzyścią zarówno dla instytucji zamawiających, jak i wykonawców”*.

W kontekście powyższego, w zakresie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp rozporządzenie wykonawcze w ogóle nie przewiduje zastąpienia oświadczenia JEDZ dowodami w tradycyjnym tego słowa znaczeniu, a w szczególności dokumentacją realizacji zamówień, czy zaświadczeniami od zamawiających. Jedno oświadczenie JEDZ zastępowane jest podmiotowym środkiem dowodowym w formie innego oświadczenia – o aktualności poprzednio złożonego oświadczenia JEDZ. Zastępowanie kultury zaświadczeń kulturą oświadczeń jest elementem zmiany aksjologicznego paradygmatu zaufania państwa do obywateli, w tym zwłaszcza przedsiębiorców. Uznaje się, iż zastąpienie zaświadczeń oświadczeniami w demokratycznym państwie prawa jest wyrazem elementarnego zaufania do uczciwości i rzetelności podmiotów obrotu gospodarczego. Dotyczy to przede wszystkim zamawiającego, a więc tym bardziej wykonawcy poszukującego podmiotu, który udostępni mu zasoby. Zarówno zamawiający, jak i wykonawca w tym aspekcie winien poruszać się w sferze zasady zaufania do podmiotów obrotu gospodarczego w zakresie składanego oświadczenia JEDZ i oświadczenia o jego aktualności, a nie zasady nieufności. Gdyby było inaczej, ustawodawca unijny i krajowy wymagałby w odniesieniu do przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp dowodów w postaci dokumentacji zamówień albo zaświadczeń od zamawiających zamiast oświadczenia wykonawcy lub podmiotu udostępniającego zasoby. *Nota bene* podobną przecież konstrukcją posługuje się Prawo o ruchu drogowym – zasada ograniczonego zaufania, z której wynika, iż kierujący może się spodziewać ze strony innych uczestników ruchu drogowego zachowań zgodnych z prawidłowym poruszaniem się po drogach – ale niczego więcej. Oczywiście, wykonawca winien dochować należytej staranności przy doborze podmiotu udostępniającego zasoby oraz weryfikacji jego oświadczeń, ale w granicach wskazanej zasady zaufania. W szczególności podkreślenia wymaga, iż jeśli przedstawione w oświadczeniu JEDZ informacje wydają się rzetelne i kompletne, ani zamawiający, ani tym bardziej wykonawca nie mają podstaw do usilnego poszukiwania dowodów na nierzetelność czy niekompletność przedstawionych informacji.

Zakres odpowiedzialności wykonawcy przedstawiającego oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby.

Przyjmuje się, iż oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby jest oświadczeniem wiedzy podmiotu udostępniającego zasoby. Wykonawca wskazuje, iż ze względu na charakter oświadczenia, nosi ono także cechy oświadczenia woli, ale nie jest to istotne z punktu widzenia niniejszego postępowania. Ważne jest to, iż jedyny podmiot, który dysponuje pełną wiedzą oświadcza ze wszelkimi tego konsekwencjami dla tego podmiotu – iż nie zaszły pewne wydarzenia – wydarzenia, które kwalifikują się do subsumpcji pod przepisy dotyczące zaistnienia przesłanki wykluczenia. Należy ponadto zaakcentować stanowczo, iż w szczególności w przypadkach spornych, podmiot udostępniający zasoby ma najlepszą i najbardziej aktualną wiedzę o stanie wykonania swoich zobowiązań w ramach zamówień publicznych. Bazowanie na powszechnie dostępnych informacjach nie zabezpieczy nigdy wykonawcy przed istnieniem przesłanek wykluczenia, które nie zostały w żaden sposób podane do publicznej wiadomości. W takim przypadku podmiot udostępniający zasoby jest wyłącznym źródłem wiedzy. Do takich, zwykle w ogóle niepodawanych do wiadomości publicznych informacji należy w szczególności naliczanie kar umownych.

Na powyższe zwrócił uwagę wykonawca Kolin w piśmie do zamawiającego z 21 listopada 2023 r. w przedmiocie wyjaśnień oświadczenia JEDZ i „Informacji wykonawcy” złożonej przez podmiot udostępniający zasoby, przekazując wyjaśnienia Multiconsult Polska sp. z o.o. z tego samego dnia.

Jednocześnie wskazania wymaga, iż załączone do ww. pisma wyjaśnienia Multiconsult z 21 listopada 2023 r. adresowane tak do zamawiającego jak i wykonawcy zawierały stanowcze oświadczenie, iż „Multiconsult potwierdza, że poza przypadkiem opisanym w niniejszych wyjaśnieniach (spór z Gaz-System S.A.), nie pozostaje obecnie w żadnym sporze, którego skutkiem mogłoby być stwierdzenie okoliczności stanowiących przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego”.

Wykonawca oświadcza, iż powyższe zostało dodane na wyraźne żądanie Kolin, wobec poinformowania przez Multiconsult o Projekcie CPK i zaistniałej tam sytuacji.

Wracając do sedna tej części rozważań, odpowiedzialność wykonawcy powstaje jedynie w przypadku, gdy to on sam nie dołożył należytej staranności w przedstawieniu informacji pochodzącej od podmiotu trzeciego. Polska implementacja Dyrektywy Klasycznej w zakresie przesłanek wykluczenia polegających na wprowadzeniu w błąd jest myląca, bowiem do Prawa zamówień publicznych wprowadza instytucje z prawa karnego, co budzi pewne wątpliwości

w orzecznictwie. Polski Kodeks Cywilny w żadnym miejscu nie posługuje się pojęciem niedbalstwa (w piętnastu miejscach posługuje się pojęciem rażącego niedbalstwa), czy też lekkomyślności. Podobnym pojęciem nie posługuje się też Dyrektywa Klasyczna w art. 57 ust. 4 posługuje się konstrukcją „*poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji*”

w lit h) oraz „*wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ*” w lit i).

Podkreślić należy w tym kontekście z całą stanowczością, iż w szczególności wobec potencjalnej znacznej odpowiedzialności odszkodowawczej Multiconsult w przypadku odrzucenia oferty Kolin z przyczyn leżących po stronie podmiotu udostępniającego zasoby

w razie nieprawdziwości powyższego oświadczenia, Kolin miał pełne prawo oczekiwać, zachowując należyłą staranność, iż oświadczenie to jest prawdziwe. Podkreślić bowiem należy, że wykonawca, przygotowując ofertę w tak dużym przetargu, ponosi wysokie koszty

i kalkuluje zysk, których zwrotu mógłby się domagać od Multiconsult w razie złożenia nieprawdziwego oświadczenia, skutkującego odrzuceniem oferty wykonawcy Kolin. Należy ponownie odróżnić sytuację na przykład projektanta, posiadającego znikome z punktów widzenia wartości kontraktu przychody od przychodów Multiconsultu, które za rok 2022 wynosiły 119 mln zł.

Drugim elementem należytej staranności było zażądanie oświadczenia, które Multiconsult złożył w punkcie 18 pisma z 21 listopada 2023 r., a które przywołuje zresztą w odwołaniu odwołujący. Była to reakcja na ujawnienie w dniu 17 listopada 2023 r. (o czym dalej) przez Multiconsult informacji o Projekcie CPK.

Trzecim elementem należytej staranności była prosta konstatacja, iż zatajenie przez Multiconsult informacji co do istnienia przesłanek wykluczenia przez Kolin (pismo z 21 listopada 2023 r. było adresowane również do Kolin) spowoduje drastyczne ograniczenie zaufania do Multiconsultu na rynku i w konsekwencji utrudnienia w pozyskiwaniu kontrahentów. Informacja o ewentualnym wprowadzeniu przez Multiconsult w błąd byłoby szybko informacją szeroko dostępną z dotkliwą utratą reputacji.

Brak realnych środków do sprawdzenia oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby.

Niezależnie od powyższego, wykonawca po prostu nie miał możliwości pozyskania rzetelnych informacji, co też podkreśla tak Dyrektywa Klasyczna, jak i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Warto w tym kontekście podkreślić, że ani PZP, ani rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych nie przewiduje, aby oświadczenie w zakresie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp było potwierdzane dowodami, w szczególności zaświadczeniami (w odróżnieniu np. od przedstawienia zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego) - z powodu wskazanej aksjologicznej niemożliwości wykazania nieistnienia faktu. W tym zakresie obowiązuje na etapie podmiotowego badania wykonawcy jedynie złożenie oświadczenia o aktualności JEDZ. Jedno oświadczenie jest zatem uzupełniane przez drugie oświadczenie w przedmiocie aktualności tego poprzedniego. Oświadczenie o aktualności informacji podanych w JEDZ jest podmiotowym środkiem dowodowym, pomimo iż przybiera postać oświadczenia, a nie zaświadczenia. Oznacza to, iż ustawodawca przyznaje szczególny walor dowodowy temu oświadczeniu. Należy zatem odróżnić oświadczenie w formie JEDZ od oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ, co będzie miało kluczowe znaczenie w niniejszej sprawie w kontekście należytej staranności wykonawcy Kolin w zakresie przedstawienia informacji (vide: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 31 października 2022 r., KIO/KU 29/22).

Wykonawca nie posiada żadnych władczych uprawnień kontrolnych względem podmiotu udostępniającego zasoby. Ustawa nie daje mu więc żadnych uprawnień do weryfikacji prawdziwości oświadczenia przygotowanego przez ten podmiot w trybie art. 125 ust. 5 ustawy Pzp (vide: wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 czerwca 2021 r., C-210/20. Analogicznie należy do przedmiotowego przypadku odnieść też wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 września 2021 r. C-927/19).

Powyższy wyrok sprzeciwia się stosowaniu zasady zbiorowej odpowiedzialności w sytuacji, gdy o przesłankach wykluczenia członka grupy nie wiedzieli inni członkowie grupy. Podkreślić bowiem ponownie należy, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, jak i podmioty udostępniające zasoby to podmioty obrotu prywatnego, bez jakichkolwiek władczych uprawnień kontrolnych względem innych uczestników tego obrotu. Ich możliwości weryfikacji

prawdziwości oświadczeń składanych przez innych członków obrotu są siłą rzeczy ograniczone.

Przypadki rzekomego nienależytego wykonania istotnych zobowiązań umownych przez Multiconsult.

Umowa Multiconsult Polska sp. z o.o. z zamawiającym Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o.

Odnosząc się do powyższego, w celu zapewnienia lepszej czytelności wyводу, należy w pierwszej kolejności przedstawić harmonogram zdarzeń, które miały miejsce w przedmiotowym postępowaniu, w zestawieniu ze zdarzeniami w relacjach Multiconsult z CPK:

23 września 2022 r. - złożenie oferty wraz z JEDZ Multiconsult oraz Informacją Wykonawcy;

22 czerwca 2023 r. - odstąpienie od umowy przez CPK;

17 listopada 2023 r. – podpisanie ugody w Projekcie CPK;

22 listopada 2023 r. – przekazanie wyjaśnień Multiconsult;

5 grudnia 2023 r. – złożenie przez Multiconsult oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ.

Jak wynika z przedstawionego harmonogramu, CPK odstąpił od umowy 22 czerwca 2023 r. Tym samym, co oczywiste, informacja o tym zdarzeniu nie mogła się znaleźć w JEDZ Multiconsult, ani załączonej do JEDZ informacji, złożonych 23 września 2022 r. Powyższe odstąpienie nastąpiło w trakcie mediacji, które skutkowało zawarciem ugody z 17 listopada 2023 r. („Ugoda”), która zawierała załącznik nr 3 – Oświadczenie Zamawiającego dotyczące realizacji Umowy przez Wykonawcę. Ugoda została następnie zatwierdzona przez sąd (dowód nr 1 – Wyciąg z Ugody). Ugoda mediacyjna w związku z treścią oświadczenia zamawiającego zawartego w załączniku nr 3 potwierdza wprost brak zaistnienia wobec Multiconsult przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga,

iż ugoda mediacyjna podlega zatwierdzeniu przez sąd jak ugoda sądowa i ma ten sam walor – zwany powagą rzeczy ugodzonej. Tym samym jej zatwierdzenie zamyka drogę do rozstrzygnięcia sporu przez sąd i ustalenia innego stanu faktycznego. Wymaga również podkreślenia, że Projekt CPK był już przedmiotem badania przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 3293/23. To właśnie do tej sprawy (ale bez podania sygnatury) prowadzi link załączony przez odwołującego do odwołania.

Zamawiający Gaz System wykluczył Multiconsult z postępowania jako podstawę wykluczenia wskazując m.in. art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp z uwagi na rzekome zatajenie przez Multiconsult na etapie składania podmiotowych środków dowodowych, informacji

o odstąpieniu przez CPK od umowy, podczas gdy zdaniem zamawiającego, informacja ta powinna znaleźć się w JEDZ. Multiconsult wniósł odwołanie na powyższą czynność wykluczenia z postępowania, które zostało uwzględnione przez Izbę w całości i wyrokiem

z 21 listopada 2023 r. Izba nakazała m.in. unieważnienie czynności wykluczenia Multiconsult z postępowania i odrzucenia jego oferty. Co istotne, w toku rozprawy przed KIO, Multiconsult przedłożył dowód w postaci projektu Ugody, której treść była już wówczas potwierdzona przez strony, choć sama Ugoda nie została jeszcze wtedy podpisana. Przedłożony projekt Ugody obejmował również Załącznik nr 3, który w dniu 17 listopada 2023 r. został podpisany przez strony w niezmienionej postaci. Treść tego dowodu, niewątpliwie stanowiła dla Izby potwierdzenie, że Multiconsult nie miał obowiązku informowania o Projekcie CPK w załączniku do JEDZ. Warto w tym kontekście przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 26 września 2023 r. XXIII Zs 12/23, w którym wskazano, iż: *„Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który „oczyściłby się” z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musiał być transparentny w tym zakresie i „zaoferować” Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją”* (tak wyrok z dnia 23 września 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19).

A *contrario* w kontekście też powyższego wyroku uznać należy, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie mógłby kwestionować oceny innego zamawiającego (CPK), który wprost oświadcza, że w związku z odstąpieniem od umowy wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. Innymi słowy Multiconsult nie został uznany przez CPK za podmiot nienależycie wykonujący umowę, stąd też Multiconsult miał zatem pełne prawo do pominięcia przedmiotowej informacji w oświadczeniu o aktualności JEDZ, albowiem nie zachodzi co do tego przypadku wątpliwość, czy przedmiotowe przesłanki są spełnione. CPK swoim oświadczeniem wprost taką wątpliwość usunął. Podkreślić również należy, że bezzasadna jest teza odwołującego, że CPK wykluczyło Multiconsult z innego postępowania pn. *„Umowa Ramowa na wykonanie rozpoznania podłoża budowlanego*

w zakresie prac przygotowawczych dla budowy Inwestycji Towarzyszących dla Centralnego Portu Komunikacyjnego, nr

FZA.2510.31.2023/RR/14". Również i ta teza wynika z niewiedzy odwołującego. Multiconsult został w tym zakresie wykluczony przez CPK, ale na podstawie przesłanki sformułowanej przez CPK zgodnie z art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym kontekście należy wskazać, że w powyższym postępowaniu (dalej jako: „Postępowanie na Umowę Ramową”), Multiconsult został wykluczony z postępowania na podstawie przesłanki wykluczenia sformułowanej przez CPK zgodnie z art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego zamawiający może zastosować podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, inne niż określone w art. 108, art. 109 i art. 112 ustawy Pzp.

Niedługo po wykluczeniu Multiconsult z powyższego postępowania, strony zawarły Ugodę, obejmującą oświadczenia złożone we wspomnianym już Załączniku nr 3 do Ugody, co jednoznacznie potwierdza, że CPK wyraźnie rozróżniało własną przesłankę wykluczenia

z postępowania na Umowę Ramową oraz przesłanki wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. Tym samym, fakt wykluczenia Multiconsult z postępowania na Umowę Ramową nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia oceny Projektu CPK, bowiem

w niniejszym postępowaniu zastosowanie mają wyłącznie ustawowe przesłanki wykluczenia.

Podstawa faktyczna wskazana w odwołaniu dotycząca Kolin.

Z kolei wykonawca Kolin ma podlegać wykluczeniu z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż oświadczenie JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby, ani późniejsze wyjaśnienia, czy też oświadczenie o aktualności JEDZ nie zawierają informacji w tym zakresie. Odwołujący podnosi, że informacja ta jest powszechnie dostępna i z łatwością można do niej dotrzeć, na dowód czego przedkłada wydruk wyników wyszukiwania internetowego oraz podnosi,

że powszechnie dostępny jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzający zaistnienie tej okoliczności (wyrok KIO z 21 listopada 2023 roku, KIO 3293/23). Odwołujący, zarzucając wykonawcy Kolin w powyższym zakresie wprowadzenie zamawiającego w błąd w każdej możliwej postaci, nie ma świadomości, że wykonawca dysponował znacznie bardziej rzetelnymi informacjami w tym zakresie – nie rzekomo dostępnych na Internecie a z pierwszej ręki, tj. od podmiotu udostępniającego zasoby Multiconsult.

Multiconsult poinformował Kolin o nowym przypadku odstąpienia w związku z koniecznością złożenia oświadczenia o aktualności JEDZ, lecz wskazał na zawarcie Ugody i najpierw przedłożył stosowne oświadczenie zamawiającego złożone w ramach ugody mediacyjnej, że podmiot ten nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp w związku z przedmiotowym odstąpieniem, a następnie przedłożył Załącznik nr 3 do Ugody. W e-mailu z 14 listopada 2023 r. wykonawca Kolin przekazał Multiconsult wezwanie zamawiającego z 14 listopada 2023 r. w zakresie wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do Informacji wykonawcy stanowiącej załącznik do JEDZ Multiconsult w zakresie wypowiedzenia umowy z 1 września 2020 r. umowy nr U89/2020/PI/PLNG Polskie LNG S.A. na realizację zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla inwestycji "Rozbudowa części lądowej terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu" oraz "Rozbudowa części morskiej terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu".

W e-mailu z 15 listopada 2023 r. Multiconsult informuje wykonawcę Kolin w związku z powyższym, że: „Ze względu na ostrożność kontraktową informuję, że w tym roku, czyli w czerwcu 2023 roku, inny klient odstąpił od umowy realizowanej z nami. W piątek 17 listopada 2023 roku planowane jest podpisanie ugody z tym innym klientem. Ugoda zawiera oświadczenia, że nie doszło do naruszenia „PZP” oraz braku naruszenia odpowiednich przepisów „PZP” jak również nie ma to konsekwencji dla Multiconsult do startowania w przetargach w tym publicznych. Informuję, bo w naszym „jedzeniu” złożonym w 2022 roku nie było tej informacji, bo nie mogło jej zawierać”. Multiconsult zaznacza zatem, że nie było tej informacji w pierwotnym JEDZ, gdyż odstąpienie jeszcze nie nastąpiło, natomiast oświadczenie zawarte w uzgodnionej treści ugody potwierdza brak występowania przesłanek wykluczenia (dowód nr 4 – email z 15 listopada).

E-mailem z 21 listopada 2023 r. Multiconsult przekazał wykonawcy Kolin podpisane przez zamawiającego CPK Sp. z o.o. oświadczenie stanowiące załącznik nr 3 do Ugody mediacyjnej (tekst patrz pkt 62) (dowód nr 5 – informacja o emailu wraz z tekstem załącznika). Podkreślenia wymaga też, że z wskazywanego przez odwołującego wyroku Izby z 21 listopada 2023 roku, KIO 3293/23 wynika wprost, że przedmiotowe odstąpienie od umowy z CPK nie było podstawą wykluczenia z uwagi na przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, a w zakresie wprowadzenia w błąd na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. Izba podkreśliła jednak zasadnie, że nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd, jeśli zamawiający nie uznał jednocześnie, że ma zastosowanie przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Zatem wbrew twierdzeniu odwołującego, przedmiotowy wyrok nie potwierdza, że przedmiotowe odstąpienie CPK jest podstawą do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Wykonawca Kolin wskazuje, że nie dotarł do wyroku KIO 3293/23, który to wyrok (bez uzasadnienia) zapadł 21 listopada 2023 r., a więc w dniu przygotowywania ostatecznych wersji wyjaśnień, złożonych następnego dnia. Nie oznacza to braku staranności wykonawcy a wadliwość argumentacji odwołującego.

Oświadczenie o aktualności JEDZ zostało złożone wraz z dokumentami 5 grudnia 2023 r. Wykonawca przy tym zażądał od Multiconsult złożenia oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej, którego nie żądał zamawiający – wykonawca zachowywał należyłą staranność w każdej sytuacji.

Odwołujący nawet nie twierdzi w odwołaniu, że informacje były dostępne na 5 grudnia 2023 r. Brak takich twierdzeń w podstawie faktycznej. Odwołujący twierdzi, że „informacje o ww. odstąpieniu od umowy są powszechnie i łatwo dostępne” – „szósty wynik” „na pierwszej stronie”, „Odwołujący jest w ich posiadaniu”. Obecna (z daty wnoszenia odwołania) wiedza odwołującego nie jest tu przydatna, ocenie podlega dostępność informacji na dzień 5 grudnia 2023 r. Skoro wyrok był ogłoszony 21 listopada 2023 r., to skąd wiadomo, że do 5 grudnia 2023 r. Izba przesłała odpis do serwisu Szukio.pl (szósty wynik na pierwszej stronie), a serwis zdążył go opublikować, zadbać o słowa kluczowe, a liczba odsłon wewnętrznej strony internetowej serwisu pozwoliła pojawić się na szóstym miejscu na pierwszej stronie wyszukiwania. Przy czym fraza wyszukiwania to bynajmniej nie „Multiconsult” oraz „zamawiający odstąpił od umowy”, a zamawiający odstąpił od umowy „Multiconsult” - bo cudzysłów i kolejność ma znaczenie. Nie tylko bowiem nie wiadomo, co można było wyszukać 5 grudnia 2023 r., ale samo wyszukiwanie zostało zmanipulowane w ten sposób, że odwołujący musiał sprawdzić wiele fraz, zanim trafił na taką, która dawała wynik przez niego oczekiwany. Przystępujący załącza szereg dowodów wskazujących, iż wpisanie kilku innych fraz wyszukiwania daje inne rezultaty – i nie ma w nich linku do wyroku KIO 3293/23 (dowody nr 6 – wydruki wyników wyszukiwania sporządzone po wpłynięciu odwołania).

Podkreślenia w kontekście powyższego wymaga, iż irrelevantny jest zarzut odwołującego, że Multiconsult innym zamawiającym przedstawiał informacje o odstąpieniu przez CPK, a w niniejszym postępowaniu informację tę zataił. Multiconsult, ani wykonawca Kolin niczego nie zataili, bowiem na dzień 5 grudnia 2023 r., tj. dzień złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ została zawarta ugoda mediacyjna, potwierdzająca brak podstaw wykluczenia. Podkreślić przy tym należy, że żaden przepis PZP nie wymaga od wykonawcy, ani podmiotu udostępniającego zasoby samodzielnej aktualizacji JEDZ. W wyroku z 4 lipca 2023 roku, sygn. akt XXIII Zs 33/23, Sąd Okręgowy w Warszawie zmienił wyrok Izby, w którym przyjęto obowiązek samodzielnej aktualizacji przez wykonawcę informacji, także po złożeniu podmiotowych środków dowodowych.

Z uwagi na powyższe, Multiconsult nie miał przed dniem 5 grudnia 2023 r. obowiązku aktualizacji swojego oświadczenia JEDZ. Z kolei na dzień 5 grudnia 2023 r. zostało przesądzone w drodze ugody mediacyjnej, że w odniesieniu do odstąpienia przez CPK nie zachodzą przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. Nie może zatem też być mowy o wprowadzeniu zamawiającego przez wykonawcę Kolin w błąd na podstawie art. 109 ust. 8) i 10) ustawy Pzp. Jak bowiem wskazano w ww. wyroku Izby dotyczącym odstąpienia przez CPK, nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd, gdy informacja jest irrelevantna z punktu widzenia przesłanek wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. Wprowadzenie w błąd może dotyczyć tylko informacji istotnych na gruncie tych przesłanek.

Umowa Multiconsult Polska sp. z o.o. z zamawiającym PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, Region Północny (Projekt Port).

Jak teraz wie wykonawca, kara umowna została naliczona w oparciu o bezwzględnie nieważne postanowienie umowne oraz niezasadna, a nawet gdyby była zasadna, to i tak nie stanowi przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5) ani pkt 7) ustawy Pzp, ponieważ ten sam zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. nie uznaje tej kary umownej za przesłankę wykluczenia w żadnym z kolejnych przetargów tego zamawiającego, w których brał udział następnie Multiconsult Polska sp. z o.o., uzyskując zamówienia. PKP PLK istotnie przesłało Multiconsult notę obciążeniową z 25 maja 2021 r. dotyczącą kar umownych naliczonych na podstawie §12 ust. 1 pkt 12 umowy nr 90/105/0001/17/II z 09.01.2017 r.

w ramach projektu pn. „Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni” (dalej: „Umowa”) na kwotę 2 527 000 zł za rzekome przekroczenia przez Multiconsult określonych

w wezwaniach nadzoru autorskiego terminów dostarczenia rozwiązań problemów zgłaszanych przez zamawiającego. Multiconsult nie informował o powyższym zdarzeniu – ani zamawiającego, ani wykonawcy, ponieważ w świetle przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp oraz Opinii UZP, nie ma ku temu żadnych racjonalnych podstaw. Fakt przesłania noty obciążeniowej nie realizuje przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp, co potwierdza postawa samego zamawiającego PKP PLK, który konsekwentnie dopuszcza Multiconsult do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wybiera oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejsze i zawiera z nim umowy ws. zamówienia publicznego, pomimo uwzględnienia w SWZ fakultatywnej

przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Sama Umowa jest natomiast dalej realizowana. Jako przykłady, można wskazać chociażby projekty wskazane w dowodzie nr 7.

Ten sam zamawiający nie usiłuje nawet wykluczyć Multiconsult, pomimo iż Multiconsult nie informował w JEDZ o nałożeniu kary umownej w Projekcie Port przez tego samego zamawiającego – który jest świadomy tej okoliczności z urzędu.

Z powyższych względów, w ocenie Multiconsult, nie ma obowiązku zawierania informacji o Projekcie PKP w JEDZ ani Informacji Wykonawcy. Tym samym, nieuwzględnienie tego Projektu w dokumentach, nie może realizować przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp, a zarzuty odwołania w tym zakresie są bezzasadne.

Zupełnie odrębnym jednak argumentem jest fakt, iż w podstawie faktycznej odwołania brak jest informacji (nie mówiąc o dowodach) o dacie nałożenia kary, nie mówiąc już o datach niewłaściwego wykonania umowy. Sama umowa została zawarta w roku 2017.

W rzeczywistości zatem zarzut odwołania można sprowadzić do brzmienia – naszym zdaniem Multiconsult powinien być wykluczony – niech Izba sama sprawdzi sobie stan faktyczny. Odwołujący, stawiając omawiany zarzut w istocie tworzy tylko jego zarys, czy raczej stara się wyrzucić wrażenie, że po stronie Multiconsult występują inne jeszcze nieprawidłowości, niż opisany powyżej nieistniejący problem w Projekcie CPK. Odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie opisał faktów, które mogłyby stanowić przesłanki wykluczenia z postępowania, nie wskazał w szczególności czy kary zostały naliczone za okoliczności zawinione, czy zostały naliczone w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem istotnego zobowiązania, czy takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło w znacznym stopniu lub zakresie i wreszcie, czy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Multiconsult.

Zdaniem przystępującego wykonawcy, samo twierdzenie o naliczonych karach nie może stanowić zarzutu, który powinien być przez Izbę rozpatrywany, bowiem postępowanie przed Izbą ma charakter kontradiktoryjny i Izba nie powinna w związku z tym orzekać

o okolicznościach, które nie były w ogóle podniesione w odwołaniu. Rozpatrzenie tak sformułowanego zarzutu oznaczałoby, że Izba domyślając się, jaka była intencja odwołującego, dodała brakujące podstawy faktyczne i samodzielnie dążyła do ich ustalenia oraz udowodnienia. Co więcej, z enigmatycznego zdania w pkt 47 odwołania można w istocie wywieść wniosek przeciwny tezie, iż w związku z relacją Multiconsult z PKP PLK, zaszły podstawy wykluczenia Multiconsult z postępowania. Odwołujący wprost twierdzi bowiem,

że kara umowna naliczona była „za opóźnienia”, co sugeruje, że była ona naliczona za okoliczności, za które Multiconsult odpowiedzialności nie ponosił. Z brzmienia art. 476 k.c. wynika bowiem, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia (stan będący następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi) należy odróżnić od zwłoki, czyli zawinionego opóźnienia. Na rozróżnienie to zwraca też uwagę ustawodawca w art. 433 pkt 1 ustawy Pzp, w którym zakazuje się przewidywania odpowiedzialności wykonawców za opóźnienie.

Podsumowując powyższe – w odwołaniu nie postawiono prawidłowo zarzutu dotyczącego ewentualnego zaistnienia przesłanek wykluczenia Multiconsult w związku z jego relacją z PKP PLK, a nawet więcej – z przedstawionych tam informacji wynika, że przesłanki takie nie wystąpiły. Nawet jednak, gdyby zarzut ten został postawiony, to byłby nieuzasadniony, na co jednoznacznie wskazuje zachowanie PKP PLK. Odwołujący twierdzi, iż wykonawca Kolin wprowadził zamawiającego w błąd w wyniku niedbalstwa poprzez niezweryfikowanie przekazanego przez podmiot udostępniający zasoby Multiconsult Polska sp. z o.o. oświadczenia JEDZ i oświadczenia o aktualności JEDZ w zakresie naliczenia kar umownych za opóźnienie w wysokości ok. 3 mln zł w ramach umowy nr 90/105/0001/17/Z/J z 09.01.2017 r. na prace projektowe wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni” realizowanej na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, Regior Północny. Jedynym argumentem za nierzetelnością Kolin jest fakt „Dopiero bowiem w wyniku wezwania przyznał się, iż oprócz odstąpienia od umowy przez Polskie LNG S. A., wykonawcy temu została naliczona kara umowna, a fakt ten powinien zwrócić uwagę Kolin.

Rzeczywisty stan faktyczny dotyczący Kolin

Wykonawca Kolin, pomimo dochowania należytej staranności w weryfikacji podmiotu udostępniającego zasoby Multiconsult, w tym zwracania się do tego podmiotu o wyjaśnienia, nie dotarł do przedmiotowej informacji i nie miał możliwości do niej dotrzeć. Podana przez odwołującego argumentacja jest zupełnie niepoważna przy tak poważnych zarzutach. Odwołujący, w przeciwieństwie do CPK, nie oferuje żadnego dowodu na możliwość, nie mówiąc o łatwości, dotarcia do przedmiotowej informacji. A to dlatego, że ta informacja nie była powszechnie dostępna. Wykonawca nie odnalazł w Internecie jakichkolwiek informacji

o kłopotach Multiconsult przy Projekcie Port. Nawet przeprowadzone na potrzeby postępowania przez Izbą przeszukanie dodatkowe nie dało żadnych wyników. Innymi słowy Kolin nie miał podstaw (jak to świadczył w piśmie z 22 listopada 2023 r.) do poddania

w wątpliwość oświadczenia Multiconsult, iż „Multiconsult potwierdza, że poza przypadkiem opisanym w niniejszych wyjaśnieniach (spór z Gaz-System S.A.), nie pozostaje obecnie w żadnym sporze, którego skutkiem mogłoby być stwierdzenie okoliczności stanowiących przesłanki wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego”.

Budimex S.A. posiada, co sam między wierszami przyznaje, ponadstandardową w porównaniu do wykonawcy Kolin i przeciętnego odbiorcy wiedzę na temat przedmiotowego zamówienia i naliczonej Multiconsult kary umownej, ponieważ jest wykonawcą zamówienia *"Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni"* – zgodnie z doniesieniami prasowymi PAP: *„W nawiązaniu do raportu bieżącego nr 38/2019 z dnia 24 czerwca 2019 r. oraz do raportu bieżącego nr 21/2023 z dnia 30 marca 2023 r., Zarząd Budimeksu S.A. zawiadamia o otrzymaniu informacji o podpisaniu Aneksu nr 6 do Umowy zawartej z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. na wykonanie zadania inwestycyjnego pod nazwą: roboty budowlane na stacji Gdynia Port w ramach projektu "Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni"”.*

W przedmiotowym przypadku nie można wykluczyć wykonawcy za wprowadzenie w błąd, ponieważ mimo zachowania należytej staranności, wykonawca nie był w stanie zweryfikować całej historii kontraktowej podmiotu udostępniającego zasoby, a przedmiotowa informacja

o naliczeniu kar umownych nie jest powszechnie, ani łatwo dostępna. Co istotne, odwołujący nie podaje nawet, kiedy ta kara umowna została naliczona, bo sam nie posiada takiej wiedzy. Nie jest dopuszczalne przykładanie tej samej miary do wykonawcy Kolin i Budimex S.A.

w zakresie wiedzy o przedmiotowej okoliczności, ponieważ Budimex S.A. był wykonawcą

w zakresie tego zamówienia *"Poprawa dostępu kolejowego do portu morskiego w Gdyni"*

i w związku z tym powinien posiadać pełną wiedzę o karach nałożonych na Multiconsult. Jest to jednak wiedza o charakterze ponadstandardowym, jakiej przeciętny uczestnik obrotu nie posiada (przy czym nawet Budimex S.A. nie posiada wiedzy o konkretnej kwocie kary umownej, ani daty jej naliczenia, zatem są to zapewne informacje z zasłyszania, a nie

z pierwszej ręki). Nie może być zatem ten szczególny przypadek w jakikolwiek sposób miarą zachowania należytej staranności przez wykonawcę Kolin w weryfikacji i przekazaniu zamawiającemu informacji stanowiących treść oświadczenia podmiotu trzeciego.

W tym miejscu przystępujący dodatkowo podnosi, iż Multiconsult jest od roku 2018 partnerem Lidera Konsorcjum Odwołującego na budowie drogi ekspresowej S52 – jest to kolejna możliwość pozyskania informacji niedostępnych dla normalnych uczestników rynku.

Odwołujący wywodzi również bezzasadną tezę, jakoby wykonawca Kolin powinien bardziej szczegółowo zweryfikować historię kontraktową Multiconsult, bowiem podmiot ten nie wskazał w załączniku do JEDZ informacji o karach umownych naliczonych w ramach umowy nr U89/2020/PI/PLNG z zamawiającym Polskie LNG S.A. na realizację zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie funkcji inżyniera kontraktu dla inwestycji *"Rozbudowa części lądowej terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu"* oraz *"Rozbudowa części morskiej terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu"*, a wskazał tę okoliczność dopiero w wyjaśnieniach z 21 listopada 2023 r.

Z ostrożności należy zaznaczyć, iż kwestia wyjaśnień Multiconsultu nie stanowi zarzutu, na którym odwołujący opiera swoje zarzuty wprowadzenia w błąd, co wprost wynika z treści punktu 48 odwołania. Z ostrożności należy zaznaczyć, iż kwestia wyjaśnień Multiconsultu co do projektu realizowanego dla Polskie LNG S.A., podobnie, jak w wypadku wspomnienia

o karach umownych naliczonych przez PKP PLK, nie stanowi prawidłowo sformułowanego zarzutu, z przyczyn analogicznych, jak w tamtym przypadku. Odwołujący wspominał jedynie jedną okoliczność faktyczną (poinformowanie o karach dopiero po wezwaniu), nie skupiając się w ogóle na tym, czy i z jakich powodów zdarzenie takie mogłoby stanowić podstawę faktyczną wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od powyższego, z ostrożności wykonawca wyjaśni poniżej, że nawet w razie postawienia takiego zarzutu, byłby on niezasadny.

Po pierwsze, informacja na ten temat została przekazana zamawiającemu przez Multiconsult, jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Tym samym nie ma żadnych podstaw by twierdzić, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa czy choćby lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd.

Po drugie, Multiconsult przesłał bardzo dokładne wyjaśnienia, co nie tylko nie budziło wątpliwości wykonawcy, ale wręcz wzmacniało wiarygodność Multiconsultu. Multiconsult

w informacji wykonawcy ujawnił fakty związane z nr U89/2020/PI/PLNG z zamawiającym Polskie LNG S.A. a 21 listopada 2023 r. szczegółowo opisał sytuację, załączając dowody. Multiconsult dowody chciał częściowo zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ale na jasne oczekiwanie Kolin, który żądał całkowitej przejrzystości, zrezygnował z zastrzeżenia.

Jak wskazał Multiconsult w wyjaśnieniach z 21 listopada 2023 r.: „W zakresie kar umownych, należy wskazać, że po wypowiedzeniu umowy zamawiający przesłał Multiconsult notę obciążeniową dotyczącą naliczenia kar umownych z tytułu rzekomej zwłoki w ocenie dokumentacji oraz braku oceny dokumentacji. Multiconsult uważa, że przesłanie wspomnianej noty stanowi jedynie próbę naliczenia kar umownych, z której zamawiający się wycofał. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że z noty obciążeniowej, nie wynika, aby kary umowne zostały naliczone z tytułu wypowiedzenia umowy.

Niezależnie od powyższego, wymaga wyraźnego podkreślenia fakt, że Multiconsult nie traktuje przesłania wspomnianej noty jako skutecznego naliczenia kar. Multiconsult nie uznał noty i niezwłocznie odesłał ją bez księgowania, wskazując, że naliczenie przedmiotowych kar umownych jest pozbawione podstaw prawnych i kontraktowych oraz nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach faktycznych sprawy. Co istotne, zamawiający nie podjął żadnych dalszych kroków w celu wyegzekwowania rzekomych kar, w szczególności nie potrącił kar umownych z wynagrodzenia zapłaconego Multiconsult, ani nie zrealizował zarówno w trakcie trwania umowy jak i już po jej zakończeniu uprawnień z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Co więcej, po odesłaniu noty, zamawiający nie przesłał jej ponownie. Suma powyższych okoliczności, to jest brak potrąceń „kar” z dokonywanymi płatnościami, nieskorzystanie z gwarancji dobrego wykonania oraz niepodjęcie ponownych prób naliczenia kar, w ocenie Multiconsult oznacza, że zamawiający (...). Tym samym, fakt przesłania Multiconsult noty obciążeniowej, w żaden sposób nie wypełnia przesłanek wykluczenia Multiconsult z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP. w istocie wycofał się z podjętej próby ich naliczenia”.

Należy również podkreślić, że okoliczności dotyczące Projektu LNG (Gaz-System) (zarówno rozwiązanie umowy, jak i nieskuteczne naliczenie kar), były przedmiotem badania Izby, w tej samej sprawie, w której analizowany był Projekt CPK. Zamawiający (Gaz System), usiłował bowiem wykluczyć wykonawcę Multiconsult z prowadzonego przez siebie postępowania, powołując się na dokładnie te same okoliczności, które wskazuje odwołujący. Izba w wyroku z 21 listopada 2023 r., sygn. KIO 3293/23 uwzględniła odwołanie Multiconsult w całości, uznając brak podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Podsumowując, w kontekście powyższych wyjaśnień, wbrew twierdzeniom odwołującego, wykonawca Kolin powinien mieć tym bardziej zaufanie do Multiconsult, jako że przekazał informacje co do okoliczności, które w ogóle nie stanowią przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. Multiconsult nie musiał tych informacji w ogóle przekazywać zgodnie z opinią UZP, a jednak zrobił to. Co więcej, w wyjaśnieniach z 21 listopada 2021 r. Multiconsult na koniec stanowczo oświadczył, iż „Multiconsult potwierdza, że poza przypadkiem opisanym w niniejszych wyjaśnieniach (spór z Gaz-System S.A.), nie pozostaje obecnie w żadnym sporze, którego skutkiem mogłoby być stwierdzenie okoliczności stanowiących przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” (LNG zostało przejęte przez GAZ-System S.A.).

Brak przesłanek wykluczenia z uwagi na nieprzekazanie przez Kolin informacji karach umownych.

Odwołujący zarzuca wykonawcy Kolin, iż ten nie ujawnił w oświadczeniu JEDZ ani w oświadczeniu o aktualności JEDZ o nałożeniu na wykonawcę Kolin przez zamawiającego Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach w ramach zamówienia pn.: „Projekt i Budowa drogi 519 na odcinku Malewice-Chlebczyn” kar umownych zgodnie z Warunkami Kontraktu w oparciu o Subklauzulę 8.7:

I.f) za nieprzedłożenie w terminie poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej Umowy o podwykonawstwo lub jej zmianie, zgodnie z Subklauzulą 4.4 [Podwykonawcy] -

w wysokości 25 000,00 PLN za każdy taki przypadek, w łącznej wysokości 50 000,00 PLN;

II.a) za przekroczenie terminu przedłożenia Programu (Subklauzula 8.3 [Program]

i Subklauzula 8.6 [Szybkość postępu prac I Robót], raportu (Subklauzula 4.21 [Raporty

o postępie prac i Robót] z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - wysokość 5 000,00 PLN, za każdy dzień zwłoki, w łącznej wysokości 60 000,00 PLN.

Podkreślenia wymaga, iż już z samego opisu przedmiotowych kar wynika, w świetle Opinii UZP, że nie ma nawet prawdopodobieństwa, że powyższe kary umowne mogłyby być podstawą do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5) lub 7) ustawy Pzp. Tym samym wykonawca Kolin nie miał obowiązku ich notyfikować w JEDZ ani w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ. Wskazać należy, iż w odniesieniu do przedmiotowych kar umownych nie ma nawet prawdopodobieństwa zastosowania przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) ani 7) ustawy Pzp z co najmniej kilku, samodzielnych powodów:

a) kary te nie mają charakteru odszkodowawczego, a porządkowy i dyscyplinujący;

b) nie dotyczą *essentialia negotii* zamówienia publicznego, tj. nie są związane

z niewykonaniem ani nienależytym wykonaniem świadczeń głównych wykonawcy,

tj. projektu i budowy drogi ekspresowej, a więc istotnych zobowiązań wynikających

z umowy, a dotyczą tzw. obowiązków akcesoryjnych, przedmiotowo nieistotnych *naturalia negotii*, które jedynie

służą realizacji świadczeń głównych;

c) ich wartość jest bagatelna w kontekście wartości całego kontraktu 655 210 000,00 zł brutto (odpowiednio 0.0076 % w odniesieniu do kwoty 50.000zł oraz 0.0091%

w odniesieniu do kwoty 60.000zł), a zatem nie może być mowy o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu albo długotrwałym nienależytym wykonywaniu istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga, iż wszystkie powyższe przesłanki potwierdzają, że nie ma najmniejszych wątpliwości, że wykonawca Kolin nie miał obowiązku notyfikowania zamawiającemu w JEDZ, ani żadnym innym oświadczeniu o powyższych karach umownych. Nie może też być zatem mowy o wprowadzeniu zamawiającego w błąd.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że zarówno art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, jak i formularz JEDZ wymagają przedstawienia tylko kar umownych o charakterze odszkodowawczym. Potwierdza to także powoływana już wyżej opinia UZP z 2 listopada 2022 r. Niewątpliwie kary umowne za nieprzedłożenie odpisu umowy podwykonawczej, programu czy raportu nie mają charakteru odszkodowawczego, a porządkowy, dyscyplinujący.

Wskazania wymaga, iż biorąc pod uwagę treść korespondencji w niniejszym postępowaniu, odwołujący przyjął strategię notyfikowania absolutnie wszystkich okoliczności ze swojej historii kontraktowej w zakresie odstąpienia czy naliczania kar umownych lub tym podobnych zdarzeń, nawet jeśli nie ma w ogóle prawdopodobieństwa, że podpadają pod przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. Powyższe wynika zapewne z faktu, iż Budimex S.A. w przeszłości został wykluczony właśnie za wprowadzenie w błąd w związku z brakiem przekazania zamawiającemu informacji, które potencjalnie mogły stanowić przesłankę do wykluczenia. To jednak, że Budimex S.A. i jego konsorcjanci podejmują tak radykalnie ostrożne działania, nie oznacza, że takie zachowanie jest prawnie wymagane. Ewidentnie z orzecznictwa, jak i z opinii UZP wynika, że nie ma obowiązku notyfikacji całej historii kontraktowej w najdrobniejszych szczegółach, a jedynie okoliczności, które racjonalnie rzecz oceniając, mogą stanowić z prawdopodobieństwem o zastosowaniu art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy Pzp. Tej oceny musi dokonać każdorazowo wykonawca, co podlega ujawnieniu, a co nie. W przedmiotowym przypadku ocena wykonawcy Kolin była prawidłowa i nie było żadnych podstaw, aby twierdzić, że przedmiotowe kary umowne mogą stanowić o konieczności zastosowania ww. przesłanek wykluczenia. Nie może być też zatem mowy o wprowadzeniu w tym zakresie w błąd na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 8) ani 10) ustawy Pzp.

Odwołujący sugeruje, iż sytuację tę należy potraktować jako możliwość kwalifikacji kar jako powtarzające się przypadki drobnych naruszeń. Ze zwykłego, zdrowego rozsądku wynika, iż nie jest to prawda. Na tej podstawie każdy wykonawca w Polsce składałby samooczystczenie, ze szczególnym uwzględnieniem Budimex S.A. Opóźnienie w realizacji dodatkowego obowiązku umownego musiałoby mieć rzeczywiście notorycznie powtarzający się, systemowy charakter, by w ogóle podlegało ocenie.

Z ostrożności (oprócz sformułowania nieuzasadnionego zarzutu brak w odwołaniu argumentacji) wykonawca wskazuje, iż jak podkreśla się w literaturze na gruncie art. 122 PZP: „*W przypadku zmiany przez wykonawcę podmiotu trzeciego w trybie komentowanego przepisu udostępnienie wykonawcom odpowiednich zasobów następuje po upływie terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ich wstępnej ocenie. Z samej istoty tego przepisu, który dopuszcza możliwość zmiany podmiotu trzeciego w toku postępowania, wynika, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów (tj. zdolności technicznej lub zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej) następuje, gdy zasoby podmiotu pierwotnie wskazanego nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też, gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia. Nie można wymagać, aby wykonawca złożył zobowiązanie nowego podmiotu trzeciego wystawione przed terminem składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznaczałoby to, że wykonawca już w dniu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu musiał dysponować kilkoma „rezerwowymi” potencjałami trzecimi, na wypadek, gdyby zasoby pierwotnie udzielone wykonawcy nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub wobec podmiotu trzeciego zachodziły podstawy wykluczenia*”. Podkreślenia wymaga zatem, iż nawet jeśli względem Multiconsult Polska sp. z o.o. (czemu wykonawca Kolin przeczy) zachodziły przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, to wykonawca Kolin podlega z samej tej okoliczności wykluczeniu, bowiem ma prawo dokonać wymiany tego podmiotu, także na etapie po składaniu ofert ewentualnie posłużenia się własnymi zasobami.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje.

Uwagi ogólne.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 29 października 2021 r. (XXIII Zs 109/21), *Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności*”.

Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, definiując wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w art. 7 pkt 30 precyzują, że Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z przepisem art. 58 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie zgodnie z przepisem art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Przepis art. 122 ustawy Pzp, stanowi zaś, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Wyżej cytowane przepisy ustawy Pzp definicyjnie rozróżniają zatem wykonawcę, który może występować w postępowaniu samodzielnie lub łącznie z innym podmiotem lub podmiotami tworząc tzw. konsorcjum. Nie ulega zatem wątpliwości, iż taka konstrukcja wykonawcy ma znaczenie dla wyniku oceny podmiotowej dokonywanej przez zamawiającego. Jeżeli wykonawca występuje samodzielnie w postępowaniu, nie ma większych wątpliwości, jak negatywna ocena podmiotowa wpływa na status takiego wykonawcy, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku polegania przez niego na zasobach podmiotu trzeciego może to również mieć wpływ na wynik takiej oceny (o czym poniżej). W przypadku występowania wykonawcy

w konstrukcji konsorcjum oczywistym jest, że każdy członek konsorcjum traktowany jest na równi z innym członkiem lub członkami konsorcjum, a co za tym idzie ponosi odpowiedzialność na zasadzie solidarności kontraktowej.

O ile przepisy ustawy Pzp nie odnoszą się wprost do odpowiedzialności wykonawcy za działania bądź zaniechania podmiotu udostępniającego mu swoje zasoby, o tyle w przypadku, gdy wykonawca polega na takich zasobach w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału

w postępowaniu (również w sytuacji, gdy zasoby te będą wykorzystane przy realizacji zamówienia), w ocenie Izby nie ma podstaw prawnych, aby uznać, iż wykonawca nie ponosi skutków wadliwego działania takiego podmiotu.

Wskazać bowiem należy, iż odmienna ocena w zakresie skutków prawnych wykonawcy występującego jako konsorcjum od wykonawcy, który polega na zasobach podmiotu trzeciego, prowadziłaby wprost do naruszenia przepisu art. 16 ustawy Pzp dotyczącego równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, w szczególności, jeżeli ocena ta dotyczy informacji nieprawdziwych lub informacji wprowadzających w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp).

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z 18 kwietnia 2017 roku, sygn. akt 576/17, odnosząc się do przesłanek, które muszą zostać spełnione w związku z treścią art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp (poprzednio art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp), *„Po pierwsze przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy”*. Również w wyroku z 7 czerwca 2017 roku, sygn. akt KIO 1004/17, w którym Izba odnosiła się do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 dPzp (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp), podkreślono, że: *„Wskazany przepis obliuguje zamawiającego do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, czyli podmiotu, który – w myśl art. 2 pkt 11 ustawy P.z.p. – ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. U.-S. Sp. z o.o. jest podmiotem, na którego zasobach polegał przystępujący. Podmiot ten nie złożył samodzielnej oferty i nie ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, w związku z czym nie może być wykluczony z postępowania. Ewentualne konsekwencje spowodowane podaniem nieprawdziwych informacji przez ów podmiot mogą obciążać jedynie wykonawcę, które się na zasoby tego podmiotu powołał”*.

Przyjęcie odmiennego zapatrywania powodowałoby bowiem, iż przedstawienie tego typu informacji (np. co do braku podstaw wykluczenia podmiotu trzeciego), nawet celowo, pozostawałoby bez jakichkolwiek zasadniczych konsekwencji dla wykonawcy. To z kolei otwierałoby drogę do podejmowania prób powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotów, które podlegają wykluczeniu. Co więcej, pozwalałoby również na podejmowanie prób ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców, którzy wprawdzie podlegają wykluczeniu, ale jako podmioty trzecie mogliby

prezentować nieprawdziwe informacje bez jakichkolwiek konsekwencji.

Zgodnie z przepisem 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 ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych prezentowanym w „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” z 2023, wydanie II, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza: *Przedstawienie wprowadzających w błąd informacji. Możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp zachodzi, gdy spełnione są trzy przesłanki. Po pierwsze, musi dojść do przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd.*

Z zestawienia art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp („przedstawił informacje wprowadzające w błąd”)

z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp („wprowadził zamawiającego w błąd”) wynika, że do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wystarczy, aby przedstawione informacje cechowały się zdolnością do wprowadzenia w błąd. Zamawiający nie musi zostać skutecznie wprowadzony w błąd (por. wyrok SO w Warszawie z 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, niepubl). Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego (np. złożenie nieważnego certyfikatu). Błąd ma nastąpić przy przedstawianiu informacji. Wykonawca musi zatem przekazać zamawiającemu informacje lub co najmniej próbować przekazać informacje. Przepis nie określa szczególnych wymagań co do sposobu przekazania informacji.

Lekkomyślność lub niedbalstwo. Przedstawienie wprowadzających w błąd informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Lekkomyślność będzie polegać na tym,

że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien być skutek ten sobie wyobrazić (Por. W. Czachórski, [w:] Z. Radwański [red.], System prawa cywilnego. Zobowiązania. Część ogólna, Wrocław-Warszawa-Kraków-Łódź 1981, s. 546 i 547). Regulacja nie przewiduje ograniczenia do rażącego niedbalstwa, zatem wystarczy zwykłe niedbalstwo.

Wykonawca nie jest winny przedstawienia wprowadzających w błąd informacji, jeżeli informacje składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe. (...).

Istotny wpływ na decyzje zamawiającego. Po trzecie, przedstawione informacje muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Decyzjami podejmowanymi przez zamawiającego są – oprócz decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty – tylko te czynności zamawiającego, które mają charakter oświadczeń woli i jako takie bezpośrednio kształtują stosunek prawny łączący zamawiającego i wykonawców, czyli prowadzą do jego nawiązania, zmiany lub rozwiązania. Pojęcie to obejmuje decyzję o odrzuceniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, decyzję o ograniczeniu liczby wykonawców, których zamawiający zaprosi do złożenia ofert, do negocjacji lub dialogu, decyzję o ograniczeniu liczby ofert podlegających negocjacjom na kolejnym etapie negocjacji, decyzję o ograniczeniu liczby rozwiązań na kolejnym etapie dialogu, decyzję o odrzuceniu oferty, decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz decyzję o unieważnieniu postępowania.

Przedstawione informacje mogą mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Nie ma zatem znaczenia, czy przedstawione informacje skutecznie wpłynęły na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Konieczne jest, aby przedstawione informacje mogły istotnie wpłynąć na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Wpływ jest istotny, jeżeli mógłby spowodować, że zostałaby wybrana inna oferta lub postępowanie zostałoby unieważnione. Wpływ ten nie musi nastąpić. Wystarczy możliwość wywarcia takiego wpływu (Por. wyrok SO w Warszawie z 20 lipca 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 849/18, niepubl). Przedstawione informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji oferta lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegały odrzuceniu. Z kolei podanie wprowadzających w błąd informacji odnośnie do elementów podlegających ocenie w ramach kryteriów selekcji lub kryteriów oceny ofert może wywrzeć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji wykonawca uzyskał odpowiednio niższą ocenę spełnienia kryteriów selekcji lub niższą ocenę oferty albo (w przypadku dialogu) rozwiązania”.

Tym samym, biorąc powyższe rozważania pod uwagę, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedzialność wykonawcy rozciąga się również w przypadku stwierdzenia podstaw do wykluczenia wykonawcy, na którego zasobach wykonawca polega (odpowiedzialności podmiotu udostępniającego swoje zasoby).

Odnośnie obowiązku informowania zamawiającego o ewentualnych podstawach wykluczenia z postępowania w zakresie informacji wynikających z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 124 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:

1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;

2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Przepis art. 125 ust. 5 ustawy Pzp, stanowi, iż wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

W ocenie Izby, z wyżej cytowanych przepisów oraz z wcześniej prezentowanej argumentacji wynika, że każdy wykonawca, uczestnik konsorcjum czy podmiot udostępniający swoje zasoby, ma obowiązek wykazać zamawiającemu, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, składając zamawiającemu odpowiednie oświadczenia oraz wypełniając w sposób zgodny z prawdą dokument JEDZ. Dokument ten jest oczywiście oceniany indywidualnie dla każdego wykonawcy, jednakże ze skutkiem ogólnym. Zachodzić może bowiem sytuacja, jak w przedmiotowym postępowaniu, że względem wykonawcy nie zachodzą podstawy do podawania informacji określonych przepisem art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, natomiast z odniesieniem do podmiotu udostępniającego swoje zasoby takie informacje są konieczne do przedstawienia zamawiającemu do oceny.

Tym samym w ocenie Izby, nie zachodzi podstawa do przedstawienia informacji przez wykonawcę, jeżeli zakres informacji dotyczy podmiotu trzeciego, który składa odrębny dokument JEDZ.

Izba stoi również na stanowisku, że zakres informacji podlegających obowiązkowemu przekazaniu zamawiającemu pozostaje ściśle powiązane z przesłankami opisanymi w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, albowiem przepisy te, które mają charakter ściśle sankcyjny, nie podlegają wykładni rozszerzającej, a co za tym idzie wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków prawnych poza okoliczności wskazane w tych przepisach.

Obowiązek podania przez wykonawcę określonych informacji wynika z faktu, że to zamawiający jako organizator postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dbając o wybór najkorzystniejszej oferty (wyłonienie najlepszego wykonawcy) jest władny podejmować decyzję, dokonywać oceny względem informacji i okoliczności wynikających z tych informacji o ewentualnych podstawach wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zadaniem zaś wykonawcy jest przedstawienie zamawiającemu takiego materiału do oceny, a nie samodzielne decydowanie jakie umowy czy inne okoliczności wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp nie statują obowiązku po stronie wykonawcy do ich udostępnienia zamawiającemu (transparentność postępowania – zasada przejrzystości).

Ocena zarzutów postawionych przez odwołującego.

Centralny Port Komunikacyjny (CPK) – zarzut zasadny.

Izba wskazuje, że przystępujący nie przekazał zamawiającemu informacji o odstąpieniu od umowy przez zamawiającego CPK sp. z o.o. z Multiconsult. Okoliczność, iż w odniesieniu do tej umowy została podpisana ugoda nie wyklucza obowiązku przekazania tej informacji zamawiającemu. Po pierwsze ugoda, co prawda została podpisana przed złożeniem oświadczenia o aktualności JEDZ-a, lecz w dacie złożenia tego oświadczenia nie była zatwierdzona przez sąd, który mógłby przecież takiej ugody nie zatwierdzić, czyli w tym dniu nie była jeszcze ostateczna. Po drugie, ugoda dotyczyła jedynie Etapu II i Etapu III zamówienia (przystępujący nie przekazał Izbie pełnej treści zawartej ugody, ale jedynie jej wybrane elementy). Jej przedmiotem nie był sposób realizacji zamówienia przez przystępującego w odniesieniu do Etapu IV. W związku z tym, że przepisy odnoszą się do sposobu realizacji umowy jako całości, nie sposób uznać, iż ugoda podpisana w zakresie tylko części realizacji zwalnia wykonawcę z obowiązku poinformowania zamawiającego o tych okolicznościach. Zamawiający, mając bowiem wiedzę o powyższym, mógłby przeprowadzić postępowanie wyjaśniające. Oceny powyższych okoliczności nie zmienia dowód złożony przez przystępującego – oświadczenie zamawiającego (CPK) co do podstaw wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, stanowiące załącznik nr 3 do zawartej ugody, gdyż nie jest wiadomym czy dotyczy realizacji całej umowy czy tylko jej części. Przystępujący nie dał zatem szansy na zbadanie powyższych okoliczności zamawiającemu.

Odstąpienie od umowy przez Polskie LNG S.A. – zarzut zasadny.

Wskazać należy, iż przystępujący na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia (22 listopada 2023 r.), w których po raz pierwszy ujawnił informację, iż poza odstąpieniem od umowy na Multiconsult została nałożona kara umowna. Wykonawca Multiconsult w swoich wyjaśnieniach podał, że: „W zakresie kar umownych, należy wskazać, że po wypowiedzeniu umowy zamawiający przesłał Multiconsult notę obciążeniową dotyczącą naliczenia kar umownych z tytułu rzekomej zwłoki w ocenie dokumentacji oraz braku oceny dokumentacji. Multiconsult uważa, że przesłanie wspomnianej noty stanowi jedynie próbę naliczenia kar umownych, z której Zamawiający się wycofał. Należy w

tym miejscu zaznaczyć, że z noty obciążeniowej, nie wynika, aby kary umowne zostały naliczone z tytułu wypowiedzenia umowy". W wyniku wezwania zamawiającego z 24 listopada 2023 roku do złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ, które to oświadczenie przystępujący, jak i Multiconsult złożyli w dniu 5 grudnia 2023 roku, wykonawcy potwierdzili aktualność informacji zawartych w JEDZ. Powyższe oznacza, że Multiconsult nie przekazał zamawiającemu wszystkich informacji mających wpływ na ocenę podmiotową wykonawcy, tzn. nie poinformował zamawiającego w zaktualizowanym oświadczeniu JEDZ o tym,

iż w ramach rzeczzonego kontraktu na Multiconsult została nałożona kara umowna. Tym samym zdaniem Izby Multiconsult, uniemożliwił zamawiającemu dokonanie pełnej oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy.

Wyżej wskazane naruszenia Multiconsult w ocenie Izby stanowią delikt wypełniający przesłankę z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, który stanowi, iż w przypadku zastosowania przez zamawiającego fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawcy, zamawiający wyklucza 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. Izba stwierdziła, że działanie wykonawcy było nacechowane lekkomyślnością lub niedbalstwem, które spowodowało, że zamawiający nie został wyposażony w instrumenty do obiektywnej oceny prawidłowego stanu faktycznego wykonawcy. Działanie takie uniemożliwiło zamawiającemu wykonanie czynności zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a wynik oceny mógł mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, w tym wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Ponadto, nie tylko w orzecznictwie Izby, ale także Sądu Okręgowego w Warszawie (Sądu Zamówień Publicznych) nie budzi obecnie wątpliwości,

iż wykonawca (podmiot), który nie odpowiada zgodnie z prawdą na sformułowane w JEDZ pytania (prezentuje treści odmienne od oczekiwanych w nim), w tym nie notyfikuje zamawiającemu zdarzenia istotne z punktu widzenia treści art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, wprowadza w błąd zamawiającego, a w konsekwencji podlega wykluczeniu (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 14 czerwca 2023 roku, XXIII Zs 28/23; z 23 sierpnia 2019 roku, XXIII Ga 469/18). W szczególności w wyroku z 14 czerwca 2023 roku (XXIII Zs 28/23) stwierdzono: *„Z całą stanowczością podkreślić należy, że każdy z wykonawców miał obowiązek udzielić zgodnej z prawdą odpowiedzi na sformułowane w sposób jednoznaczny w dokumencie JEDZ pytanie, co w przypadku (...) nie nastąpiło. Subiektywne odczucia Skarżącego w zakresie zasadności naliczenia kary umownej (czy też jej wysokości) pozostają irrelevantne. Konsorcjum (...) był bezspornie zobowiązany notyfikować okoliczności związane z nałożeniem kar umownych w dokumencie JEDZ. Po drugie uwypuklić należy,*

że JEDZ jest dokumentem kategoriowym, jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji, jakie wykonawca przedstawia zamawiającemu za jego pomocą. W przypadku zaznaczenia "NIE" (Taki sam skutek ma miejsce przy zaznaczeniu wprawdzie odpowiedzi „Tak”, ale podaniu jedynie wybranych umów. Faktycznie bowiem w zakresie niepodanych wykonawca udziela odpowiedzi „Nie”) wykonawca staje się niejako „sędzią we własnej sprawie” i uniemożliwia zamawiającemu oraz ewentualnie Izbie dokonania oceny czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, pomimo zaistnienia sytuacji, której dotyczy pytanie JEDZ (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 listopada 2022 r. sygn. KIO 2960/22). Nie sposób także uznać, że ww. Wykonawca nie zdawał sobie sprawy z obowiązku, który wynika z udziału w przetargu publicznym co do złożenia w dokumencie JEDZ rzetelnego oświadczenia o braku wystąpienia okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do wykluczenia lub do uruchomienia procedury "samooczyszczenia". Wykonawca jest profesjonalistą, a mimo to zataił tę informację, przez co wprowadził Zamawiającego w błąd. (...) Podsumowując, każdy wykonawca miał obowiązek poinformować zamawiającego w dokumencie JEDZ, a najpóźniej w oświadczeniu, do którego złożenia został wezwany przez Zamawiającego o fakcie nałożenia kar umownych, a zaniechanie temu obowiązkowi mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu,

co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 p.z.p.”.

Odnosnie realizacji umowy na rzecz PKP PLK SA Centrum Realizacji Inwestycji, Region Północny, Izba stwierdziła że odwołujący nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu.

Ocena dokonana przez Izbę opiera się w głównej mierze na przesłankach opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz funkcji kary i podstawy jej naliczenia. Jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego Multiconsult realizował zamówienie na rzecz ww. zamawiającego. Odwołujący twierdzi, że w związku z realizacją tej umowy, na Multiconsult została nałożona kara umowna za opóźnienia, o której to okoliczności Multiconsult nie poinformował zamawiającego (nie wykazał tej informacji w oświadczeniu JEDZ). Brak wskazania tej okoliczności jest bezsporny. Okolicznością sporną jest natomiast, czy Multiconsult był zobowiązany do przekazania tej informacji zamawiającemu.

W ocenie Izby, Multiconsult nie musiał wykazywać tego faktu. Wyżej powołany przepis dotyczy wykonawcy znajdującego się w następującej sytuacji: *„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”.

Odszkodowanie to funkcja kompensacyjna kary. Kara może być naliczona np. za zwłokę wykonawcy. Co do zasady kara umowna jest instrumentem prawnym w głównej mierze odszkodowawczym, ma jednak ona również pewne cechy środka penalnego. Jednakże, pełni ona też inne funkcje: sygnalizacyjną (ułatwia uzyskanie rekompensaty pieniężnej w razie niedotrzymania umowy), ale też stymulacyjną (mobilizuje do prawidłowego i pełnego wykonania zobowiązania umownego). W jednym z licznych orzeczeń dotyczących tej instytucji określono ją mianem „umownej sankcji cywilnoprawnej”, przewidzianej na wypadek naruszenia więzi obligacyjnej przez dłużnika (wyrok Sądu Najwyższego z 27 września 2013 r., sygn. akt I CSK 748/12). Podobnie w wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 23 września 2014 r. (sygn. akt I ACa 347/14) przyjęto, że w modelu kary umownej na gruncie Kodeksu cywilnego prymat należy przyznać funkcji kompensacyjnej, ponieważ jest ona odszkodowaniem, którego swoistość polega na uprzednim zryczałtowaniu. Oddziaływanie przymuszające i represyjne pozostają skutkami wtórnymi, często faktycznymi i refleksowymi, prowadzącymi się do ubocznego, ekonomicznego lub psychologicznego efektu, wiążącego się z perspektywą konieczności świadczenia sumy pieniężnej lub z samym jej uiszczeniem.

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał, że nałożona na Multiconsult kara miała właśnie taki charakter. Zdaniem Izby tylko taka podstawa naliczenia kary mogłaby sankcjonować po stronie wykonawcy obowiązek przedstawienia takiej informacji w oświadczeniu JEDZ. Z brzmienia art. 476 k.c. wynika bowiem, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia (stan będący następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi) należy odróżnić od zwłoki, czyli zawinionego opóźnienia. Na rozróżnienie to zwraca też uwagę ustawodawca w art. 433 pkt 1 ustawy Pzp, w którym zakazuje się przewidywania odpowiedzialności wykonawców za opóźnienie.

Co prawda odwołujący na rozprawie przedstawił dowód (zapytanie i odpowiedź od PKP PLK), jednakże z dowodu tego jednoznacznie nie wynika z jakiego powodu na Multiconsult została naliczona kara. Jak wynika z treści odpowiedzi udzielonej przez PKP PLK SA Centrala Biuro Zarządu z 30 stycznia 2024 roku, ad 1.: *Wykonawcy zostały naliczone kary umowne na podstawie § 12 ust. 1 pkt 12 umowy z związku z opóźnieniami w udzielaniu odpowiedzi na złożone pytania w sprawach technicznych*”.

Powyższe może oznaczać, że czynności wykonawcy Multiconsult były wykonywane niewłaściwie z przyczyn nieleżących po jego stronie. Świadczy o tym sformułowanie użyte przez odpowiadającego na pytania odwołującego, tj. „w związku z opóźnieniami”. Oznaczać to może, a odwołujący okoliczności przeciwnej nie wykazał, że nałożona kara nie miała funkcji odszkodowawczej, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

GDDKiA Oddział w Kielcach – zarzut niezasadny.

Jak już wcześniej wskazywała Izba, charakter naliczonej kary ma znaczenie dla prawidłowego ustalenia istnienia - po stronie wykonawcy - obowiązku wykazania tej okoliczności w oświadczeniu JEDZ. Skoro zatem, jak przyjęła Izba rozstrzygając przedmiotowe odwołanie, naliczona kara umowna musi mieć charakter odszkodowawczy (art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) to wszystkie inne przypadki jej naliczenia nie mogą wpływać na sytuację podmiotową wykonawcy. Kara naliczona przez GDDKiA Oddział Kielce, zdaniem Izby miała charakter *stricto* porządkowy, administracyjny, albowiem została naliczona za:

- nieprzedłożenie w terminie poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii zawartej Umowy o podwykonawstwo lub jej zmianie, zgodnie z Subklauzulą 4.4 [Podwykonawcy]

w wysokości 25 000,00 PLN za każdy taki przypadek, w łącznej wysokości 50 000,00 PLN;

- za przekroczenie terminu przedłożenia Programu (Subklauzula 8.3 [Program]

i Subklauzula 8.6 [Szybkość postępu prac i Robót], raportu (Subklauzula 4.21 [Raporty

o postępie prac i Robót] z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - wysokość 5 000,00 PLN, za każdy dzień zwłoki, w łącznej wysokości 60 000,00 PLN.

Tym samym uznać należało, że już z samego opisu przedmiotowych kar wynika,

że powyższe kary umowne nie mogłyby być podstawą do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tym samym wykonawca Kolin nie miał obowiązku ich notyfikować w JEDZ ani w oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ.

Jak słusznie wskazał przystępujący:

- kary te nie mają charakteru odszkodowawczego, a porządkowy i dyscyplinujący;

- nie dotyczą *essentialia negotii* zamówienia publicznego, tj. nie są związane

z niewykonaniem, ani nienależytym wykonaniem świadczeń głównych wykonawcy, tj. projektu i budowy drogi ekspresowej, a więc istotnych zobowiązań wynikających z umowy, a dotyczą tzw. obowiązków akcesoryjnych, przedmiotowo nieistotnych *naturalia negotii*, które jedynie służą realizacji świadczeń głównych;

- ich wartość jest bagatelna w kontekście wartości całego kontraktu 655 210 000,00 zł brutto (odpowiednio 0.0076 % w odniesieniu do kwoty 50.000zł oraz 0.0091% w odniesieniu do kwoty 60.000zł), a zatem nie może być mowy o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu albo długotrwałym nienależytym wykonywaniu istotnego zobowiązania

wynikającego

z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazania wymaga, iż tradycyjny podział cywilistyczny składników czynności prawnej obejmuje składniki istotne i niezbędne przedmiotowo (*essentialia negotii*), istotne podmiotowo (*accidentalia negotii*) oraz nieistotne podmiotowo i przedmiotowo oraz niekonieczne dla ważności czynności prawnej (*naturalia negotii*). Jak wskazuje się w literaturze: „chodzić tutaj może tylko i wyłącznie o ustalenie tzw. *essentialia negotii*, wymaganych i niezbędnych dla określonego typu czynności, ewentualnie tzw. *accidentalia negotii* stanowiących podmiotowo istotne składniki czynności modyfikujące je elementy typowe lub ewentualnie tzw. *naturalia negotii* obejmujących te elementy czynności prawnej, które nie muszą być objęte oświadczeniem woli aby czynność prawna mogła dojść do skutku” (Chamielec Grzegorz, Zgodność nazwy umowy z jej treścią. Glosa do uchwały NSA z dnia 4 czerwca 2001 r., FPS 14/00).

Niewątpliwie dyscyplinujące kary umowne o charakterze porządkowym za nieprzedłożenie odpisu umowy podwykonawczej czy programu lub raportu stanowią *naturalia negotii*.

Tym samym niewykonanie takich drobnych obowiązków, tym bardziej, że miały one charakter incydentalny i odosobniony, a kary za ich nienależyte (opóźnione) wykonanie były bagatelne, nie może w żadnej mierze świadczyć o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu albo długotrwałym nienależytym wykonywaniu istotnego zobowiązania wynikającego

z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

W zakresie orzeczenia o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę przepis § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), który stanowi, że Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2–4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy.

Przewodniczący:.....

Członkowie:.....

.....