

Sygn. akt: KIO 1447/23

**WYROK**  
z dnia 6 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**  
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2023 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 r. przez odwołującego: **Rotomat Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Stabłowicka 134, 54062 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu** (ul. Długa 49, 53633 Wrocław), przy udziale wykonawcy: **Build Investments Spółka z o.o. z/s we Wrocławiu** (ul. Legnicka 46/3, 53-674 Wrocław) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty **Build Investments Spółka z o.o. z/s we Wrocławiu** oraz (2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; W pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **Build Investments Spółka z o.o. z/s we Wrocławiu** (ul. Legnicka 46/3, 53-674 Wrocław) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczoną od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Build Investments Spółka z o.o. z/s we Wrocławiu** na rzecz odwołującego: **Rotomat Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Stabłowicka 134, 54062 Wrocław) koszty postępowania odwoławczego w kwocie **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem uiszczoną przez odwołującego wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Sygn. akt: KIO 1447/23

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 22 maja 2023 r. przez odwołującego: **Rotomat Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu** na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], w przedmiocie zamówienia publicznego na: „*Budowę ciągu pieszorowerowego wzdłuż ul. Koziej na odcinku od ul. Łomżyńskiej do Lasu Prackiego we Wrocławiu – projekt nr 328 WBO 2020*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. Nr 2023/BZP 00143790/01 z dnia 21 marca 2023.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez wybór oferty **BUILD INVESTMENTS** w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, którym mowa w rozdziale IV ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ;
  - 2) art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy PZP przez zaniechanie wykluczenia **BUILD INVESTMENTS** z postępowania pomimo przedstawienia przez **BUILD INVESTMENTS** w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
  - 3) art. 16 pkt 1 i 2) ustawy PZP poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania zbadania i oceny ofert w sposób zgodny z warunkami oceny ofert określonymi w SWZ i ustawie PZP;
- ewentualnie
- 4) art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania **BUILD INVESTMENTS** do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ.
  - 5) art. 122 PZP w zw. z art. 119 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 5 i 7 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie należytego zweryfikowania fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania przewidzianych w SWZ w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby dla **BUILD INVESTMENTS**, a konsekwencji zaniechanie wezwania **BUILD INVESTMENTS** do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem albo wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

W związku z powyższymi wskazanymi zarzutami wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 16.05.2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty **BUILD INVESTMENTS** oraz nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy **BUILD INVESTMENTS** z postępowania ewentualnie
3. wezwanie **BUILD INVESTMENTS** do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ.

Wykonawca podał, że „*Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP, interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający nieprawidłowo ocenił dokumenty podmiotowe BUILD INVESTMENTS co spowodowało, że w Postępowaniu została wybrana oferta wykonawcy, który nie wykazał spełnienia*”

warunków udziału w postępowaniu. W wyniku podjętej czynności przez Zamawiającego, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia objętego Postępowaniem. Tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu ponownej oceny ofert, Odwołujący będzie mieć szansę na uzyskanie zamówienia objętego Postępowaniem. W związku z powyższym Odwołujący w wyniku wyżej opisanych czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes w wniesieniu odwołania.”

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

W dniu 16.05.2023 r. Zamawiający przekazał informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez BUILD INVESTMENTS. Po przeanalizowaniu przez Odwołującego oferty złożonej przez Wykonawcę w ocenie Odwołującego zachodzą podstawy do unieważnienia wyboru oferty tego Wykonawcy z niżej opisanych powodów.

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 1 pkt. 1) SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

W rozdziale IV ust. 6 SWZ w odniesieniu do podmiotów udostępniających zasoby wskazane zostało że:

Wykonawca BUILD INVESTMENTS w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którym mowa w rozdziale IV ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ powołał się na zasoby podmiotu trzeciego tj. firmy: Pro Investments Poland sp. z o.o.

Wykonawca BUILD INVESTMENTS zgodnie z wymaganiami SWZ złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia w zakresie wskazanym w SWZ w odniesieniu do niego jak również w odniesieniu do Pro Investments Poland sp. z o.o. Tej samej treści oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia zostało złożone przez Pro Investments Poland sp. z o.o.

Dowód:

1. Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia złożone przez BUILD INVESTMENTS (w aktach postępowania)

2. Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia złożone przez Pro Investments Poland sp. z o.o. (w aktach postępowania)

W ocenie Odwołującego w oparciu o pozyskane informacje wynika, iż w stosunku do Pro Investments Poland sp. z o.o. zachodzą przesłanki opisane w art. 109 ust. 1 pkt. 5 i 7 Pzp.

Odwołujący zwrócił się do Wrocławskich Inwestycji sp. z o.o. o udzielenie informacji czy wykonawca Pro Investments Poland sp. z o.o. realizował na rzecz tego inwestora jakiegokolwiek roboty budowlane oraz czy nie doszło do sytuacji odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy oraz czy zamawiający nie naliczył temu wykonawcy kar umownych. W odpowiedzi pismem z dnia 19.05.2023 r. Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. poinformowały, iż firma Pro Investments Poland sp. z o.o. realizowała zadanie pn. Budowa punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych przy ul. Szwajcarskiej we Wrocławiu: które to zadanie nie zostało ukończone przez tego wykonawcę, gdyż Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. w dniu 24.08.2023 r. odstąpiły od umowy z przyczyn zależnych od Pro Investments Poland sp. z o.o. oraz dokonały naliczenia kary umownej. Ponadto Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. w przywołanej korespondencji przywołały szereg okoliczności świadczących o nienależyтым wykonywaniu umowy przez Pro Investments Poland sp. z o.o.

Dowód: 3. Pismo z dnia 19.05.2023 r. od Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o.

Odwołujący wskazuje, iż złożenie przez BUILD INVESTMENTS oświadczenia o braku podstaw wykluczenia podmiot udostępniających zasoby stanowiło wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Wskazać należy, iż skoro Odwołujący był w stanie zweryfikować fakt dopuszczenia się przez Pro Investments Poland sp. z o.o. nienależytego wykonania umowy na rzecz Wrocławskich Inwestycji sp. z o.o. to tym bardziej informacja taka powinna być znana przez BUILD INVESTMENTS. Zwrócić należy uwagę, iż podmiot, który udostępnia zasoby drugiemu podmiotowi zazwyczaj jest podmiotem pozostającym w bliskich relacjach gospodarczych. Co więcej BUILD INVESTMENTS decydując się na skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego winien dokonać wszechstronnej weryfikacji tego podmiotu oraz złożyć oświadczenie o braku podstaw wykluczenia takiego podmiotu jedynie w sytuacji gdy ma całkowitą pewnością, że takie oświadczenie ma swoje oparcie w rzeczywistości. W przedmiotowej sprawie BUILD INVESTMENTS w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił oświadczenia, które wprowadziły Zamawiającego w błąd w zakresie braku przesłanek wykluczenia podmiotu trzeciego udostępniającego mu zasoby. W tych okolicznościach zachodzą przesłanki przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP

Na wypadek, gdyby Izba nie podzieliła zarzutu dot. wykluczenia BUILD INVESTMENTS z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP zasadnym jest unieważnienie wyboru oferty BUILD INVESTMENTS oraz zobowiązanie Zamawiającego na podstawie art. 122 PZP do wezwania wykonawcy BUILD INVESTMENTS do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

**Do postępowania odwoławczego** przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Build Investments Spółka z o.o. z/s we Wrocławiu wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu podał m.in. że (...) Przystępujący zastrzega przy tym, że w odrębnym piśmie procesowym, złożonym w toku postępowania odwoławczego odniesie się szczegółowo do zarzutów i twierdzeń odwołującego, w tym miejscu jednak podkreślić należy, że podniesione w odwołaniu zarzuty są niezasadne zarówno z prawnego, jak i faktycznego punktu widzenia — tym samym nie mogą stanowić podstawy dla uwzględnienia wniosków odwołującego”.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** w piśmie z dnia 1/06/23 podał, że: (...) uwzględnia odwołanie w części, co do zarzutów ewentualnych tj.

-art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania BUILD INVESTMENTS do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ.

-art. 122 PZP w zw. z art. 119 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7 PZP w zw. z art. 266 PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie należytego zweryfikowania fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania przewidzianych w SWZ w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby dla BUILD INVESTMENTS, a w konsekwencji zaniechanie wezwania BUILD INVESTMENTS do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem albo wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe Zamawiający zamierza unieważnić wybór wykonawcy i wezwać oferenta BUILD INVESTMENTS do zastąpienia, w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, podmiotu Pro Investments Poland sp. z o.o. innym podmiotem albo wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu”.

W uzasadnieniu podał: „Zamawiający zapoznał się z załączonym do odwołania pismem spółki Wrocławskie Inwestycje dotyczący realizacji zamówienia publicznego przez Pro Investments Poland sp. z o.o. Na wstępie zaznaczyć należy, że Spółka WI jest spółką prawa handlowego będącą w stu procentach własnością Gminy Wrocław. Zadaniem Spółki jest organizacja, przeprowadzenie i przekazanie do użytkowania inwestycji z zakresu infrastruktury drogowej. Natomiast

Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu jest jednostką organizacyjną Gminy Wrocław, pełniącą funkcje zarządu drogi. Zatem oba podmioty działają w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław. W ocenie Zamawiającego treść pisma nie pozostawia wątpliwości co do tego, że w trakcie realizacji zamówienia publicznego przez Pro Investments Poland sp. z o.o. doszło do braku wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, co skutkowało wypowiedzeniem umowy z winy Wykonawcy i naliczeniem kary umownej z tego tytułu. Takie zachowanie, potwierdzone pismem Spółki WI, które Zamawiający uznaje za wiarygodne, wyczerpuje znamiona co najmniej z art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy PZP tj.: wykluczony może być Wykonawca, 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. Podmiot ten podlega zatem wykluczeniu z postępowania, a oferent zobowiązany jest do przedłożenia doświadczenia innego podmiotu nie podlegającego wykluczeniu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub doświadczenia własnego.

Zamawiający wskazuje natomiast, że nie uwzględnił pozostałych zarzutów zawartych w odwołaniu, a to z uwagi na poniższe:

- zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP – zastosowanie tej przesłanki wykluczenia wymaga wykazania, iż Wykonawcy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, a takiej okoliczności nie sposób jednoznacznie ustalić z treści pisma Spółki WI;
- zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy PZP – dotyczyłby już działa samego Oferenta firmy BUILD INVESTMENTS, a jego uwzględnienie wymaga wykazania, że Oferent w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji albo w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd; Zamawiający nie posiada jednak dowodu na taką okoliczność, a i z treści samego odwołania nie da się takiego wniosku wyprowadzić; BUILD INVESTMENT i Pr Investments Poland to dwa odrębne podmioty i nie ma na ten moment żadnych dowodów na to, że Oferent BUILD INVESTMENTS posługując się na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczeniem Spółki Pro Investemens Poland wiedział, iż doszło do rozwiązania umowy z winy tej spółki, na innym kontrakcie, który nie był wykazany na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu.

Z uwagi na powyższe okoliczności Zamawiający uznał odwołanie w części, a w pozostałym zakresie wnosi o oddalenie odwołania w przypadku, gdy Odwołujący nie cofnie pozostałych zarzutów. Zamawiający zastrzega sobie też możliwość złożenia dodatkowych wyjaśnień w przypadku, gdy Odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów lub Przystępujący po stronie Zamawiającego złoży sprzeciw wobec uznania odwołania w części."

**Zgłaszający przystąpienie** do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Build Investments Spółka z o.o. z/s we Wrocławiu w piśmie z dnia 2 czerwca 2023 r. zgłosił sprzeciw do częściowego uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego i wniósł o rozpoznanie odwołania w całości i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego. Wniósł ponadto (pkt IV odwołania) o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

- a) pisma PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. z dnia 12.08.2022
- b) pisma PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. z dnia 19.08.2022 r.,
- c) pisma Wrocławskich Inwestycji Spółka z o.o. z dnia 24.08.2022 r.,
- d) pisma PRO Poland 24.08.2022 r.,
- e) pisma Wrocławskich Inwestycji Spółka z o.o. z dnia 24.08.2022 r.,
- f) pisma Wrocławskich Inwestycji Spółka z o.o. dnia 19.05.2023 r. (w aktach sprawy),
- g) pisma PRO INVESTMENTS Poland sp. z o.o. z dnia 23.05.2023 r.,
- h) odpisu pełnego z KRS dla PRO INVESTMENTS Poland sp. 7. o.o.

Wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

1. PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. przez cały czas trwania umowy z w/w zamawiającym wykonywała obowiązki w sposób należyty i zgodnie z treścią zawartej umowy.

2. Pismem z dnia 12 sierpnia 2022 r. PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. skierowała do spółki Wrocławskie Inwestycji Spółka z o.o. siedzibą we Wrocławiu, pismo w którym wezwała tą spółkę do należytej współpracy pod rygorem odstąpienia od zawartej umowy, za którego podstawę wskazano:

- a) brak realizacji przez Wrocławskie Inwestycje Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu obowiązków wynikających z zawartej umowy,
- b) poważne błędy w dokumentacji projektowej dostarczonej przez tę spółkę,
- c) brak należytej współpracy Wrocławskich Inwestycji Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu ze spółką PRO Poland Sp. z o.o. w zakresie realizowanej umowy,

Nadto w ramach tego pisma spółka PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. wezwała zamawiającego do umożliwienia wykonania robót poprzez wydanie aneksu na roboty dodatkowe, wydłużenia terminu o okres 5 miesięcy od dnia otrzymania dokumentu — czyli o okres zwłoki inwestora w wykonaniu wezwania do dnia 18.08.2022 r. — pod rygorem odstąpienia.

3. Wobec braku reakcji ze strony Wrocławskie Inwestycje Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu pismem z dnia 19 sierpnia 2022 r. PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. skierowała do spółki Wrocławskie Inwestycje Spółka o.o. siedziba we Wrocławiu oświadczenie o odstąpieniu od zawartej umowy. W reakcji na to pisma Zamawiający pismem z dnia 24 sierpnia 2022 r. wskazał na bezskuteczność złożonego oświadczenia z uwagi na brak jego złożenia przez umocowane do działania w imieniu spółki osoby. Co jak wyjaśniła PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. w piśmie z dnia 24 sierpnia 2022 r. — nie miało usprawiedliwionych podstaw, bowiem osobą podpisaną na oświadczeniu o odstąpieniu był Kamil Lewandowski, prezes zarządu spółki wykonawcy uprawniony do jej reprezentacji.

4. Kolejnym pismem z dnia 24 sierpnia 2022 r. Wrocławskie Inwestycje Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, złożyły oświadczenie o odstąpieniu od umowy zawartej z PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o., to jednak oświadczenie — przyczyn niżej opisanych — nie mogło odnieść zamierzonego skutku.

5. W reakcji na załączone do odwołania pismo z dnia 19.05.2023 r. PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. skierowała do Zamawiającego pismo z dnia 23.05.2023 wskazując na bezpodstawność twierdzeń tej spółki zawartych w piśmie z dnia 19.05.2023 r. Zauważyć przy tym trzeba, że pomimo jego otrzymania Zamawiający nie przedstawił go do akt niniejszej sprawy. [Dowody wg punktu IV].

Przy tak zakreślonym stanie faktycznym zarzuty przedstawione przez skarżącą Spółkę w odwołaniu jawią się jako całkowicie nieusprawiedliwione. Przechodząc natomiast do argumentacji prawnej takiego twierdzenia, przystępujący

wskazuje jak poniżej.

1. Kwestia skuteczności złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umowy pomiędzy PRO INVESTMENTS Poland Sp. o.o. a Wrocławskie Inwestycje spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu  
Podstawę do złożonego przez PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. oświadczenia od zawartej umowy, stanowi przepis art. 491 k.c. Odstąpienie od umowy co wynika wprost z powyższej regulacji, musi być poprzedzone wyznaczeniem drugiej stronie odpowiedniego dodatkowego terminu do spełnienia świadczenia z równoczesnym zagrożeniem, że w razie bezskutecznego upływu tego terminu strona będzie uprawniona do odstąpienia. W konsekwencji skuteczne odstąpienie od umowy wzajemnej wymaga od wierzyciela złożenia dwóch oddzielnych woli — pierwszego wyznaczającego odpowiedni termin do wykonania zobowiązania oraz na wolę odstąpienia od umowy (po bezskutecznym upływie odpowiedniego terminu do spełnienia świadczenia). Bezsprzecznie obie te przesłanki zostały przez PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. spełnione, a zatem doszło do skutecznego złożenia przez nią oświadczenia o odstąpieniu od zawartej umowy. Odmiennie twierdzenia Wrocławskich Inwestycji Spółka o.o. pozostają w całkowitym oderwaniu od rzeczywistego stanu faktycznego. Wobec natomiast skutecznego odstąpienia przez PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. oświadczenie Wrocławskich Inwestycji Spółka o.o. nie mają usprawiedliwionych podstaw i nie mogły odnieść zamierzonego skutku.

## 2. Zarzuty odwołania

Treść przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jasno wskazuje, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów. Mając na uwadze brzmienie ww. przepisu, w celu jego zastosowania konieczne jest wykazanie kumulatywne wystąpienie przesłanek w nim wskazanych. Należy zatem wykazać, że zachowanie miało związek po pierwsze z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w prowadzonego zamówienia publicznego. Po drugie, niewykonanie lub nienależyte wykonanie musi mieć postać poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, które podważa uczciwość wykonawcy. Po trzecie, naruszenie musi być zawinione przez wykonawcę, tj. przez działanie zamierzone lub będące efektem rażącego niedbalstwa. Wskazać przy tym należy, że nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia, ale takie które ma charakter kwalifikowany, muszą być to takie naruszenia, które zasadniczo zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji ocena wymaga odniesienia się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. ( KIO 2706/21).

Natomiast przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazuje, iż z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn 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.

Mając na uwadze powyższe rozważania natury ogólnej, stwierdzić należy, że oceniając zasadność zarzutu w przedmiocie naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp przez zaniechanie zastosowania tych przepisów, odwołujący powinien wykazać w sposób niewątpliwy przesłanki, o których mowa w tych przepisach, co nie miało miejsca i powinno skutkować oddaleniem odwołania.

Na gruncie niniejszej nie zostało wykazane przez w jakikolwiek sposób, że do naruszenia doszło z winy wykonawcy albo z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nie doszło do wykazania przez skarżącą spółkę, że PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. obciążona została przez Wrocławskie Inwestycje Spółka z o.o., jakimkolwiek odszkodowaniami, czy też karami umownymi. Nie sposób także podzielić twierzeń, co do tego że doszło do nienależytego wykonania umowy przez tę spółkę, skoro to Wykonawca odstąpił – na skutek nienależytego wykonania obowiązków przez zamawiającego Wrocławskie Inwestycje – od zawartej umowy. Opierając się na przedstawionym przez skarżącą spółkę i Przystępującego materiale dowodowym, należy dojść do wniosku, iż nie można na jego podstawie przesądzić, że w niniejszej sprawie zastosowanie znajdują przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z pkt IV ust.1 pkt 1) SWZ w zw. z pkt 5 i 7 przywołanego art. 109 ust. 1 Pzp. Zauważyć bowiem należy, że wypełnienie przesłanek, o których mowa w ww. przepisach ustawy skutkuje zastosowaniem wobec wykonawcy najdotkliwszej sankcji w postaci jego wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia jego oferty z postępowania, dlatego w ocenie Przystępującego, wobec braku dowodów, które w wysokim stopniu wykazują kumulatywne zaistnienie omawianych przesłanek ich zastosowanie nie może mieć miejsca. Jest wręcz przeciwnie, to stronie PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. przysługiwać będą względem Wrocławskich Inwestycji Spółka z o.o. związane z rozliczeniem umowy, od której wykonawca skutecznie odstąpił.

Przedstawiony zatem przez Odwołującego — abstrahując od jego niepełności — materiał dowodowy, nie daje podstaw do przyjęcia iż w postępowaniu winno dojść do wykluczenia Build Investments Spółka z o.o. z/s we Wrocławiu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 p.z.p. Przystępujący wskazuje, że zarówno Zamawiający jak i skarżąca spółka, przedstawiają niepełny obraz relacji prawnych łączących PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. oraz Wrocławskie Inwestycje Spółka z o.o. Skarżący przy tym stara się wywieść z tego obrazu pozytywne dla siebie skutki procesowe, co nie może mieć miejsca.

W zakresie natomiast zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp uwzględniając okoliczności prawne i faktyczne jak powyżej, również nie można uznać go za usprawiedliwiony w jakimkolwiek zakresie, nie doszło bowiem po stronie Przystępującego do wprowadzenia w błąd zamawiającego, czy to w wyniku zamierzonego działania, czy też rażącego niedbalstwa, a nawet lekkomyślności.

Konsekwencją braku zarzutów naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 p.z.p. jest niezasadność pozostałych wywiedzionych zarzutów odwołania zarówno głównych, jak i ewentualnych.

Niezależnie od powyższego odnosząc się wspólnie do przedstawionych przez Odwołującego zarzutów wskazać trzeba, iż celem odwołania jest poddanie kontroli decyzji zamawiającego, w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem twierdzenia odwołującego w niniejszej sprawie wskazują, że dla oceny zachowania przystępującego w spornym postępowaniu należałoby w istocie rozstrzygnąć o okolicznościach, które miały miejsce w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez innego zamawiającego (Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o.).

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

W odwołaniu wykonawca Rotomat Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Odwołujący lub wykonawca Rotomat) zarzucił Zamawiającemu z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Build Investments z/s we Wrocławiu (wykonawca Build) naruszenie art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp

w zw. z art. 266 Pzp, który (jego zdaniem) nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IV ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ. Zdaniem Odwołującego wykonawca Build powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy Pzp. Wskazał także w związku z tym zarzutem na naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP podnosząc zarzut niezapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty w następstwie dokonania zaniechania zbadania i oceny ofert w sposób zgodny z warunkami oceny ofert określonymi w SWZ i ustawie Pzp.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy Pzp i związany z nim zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp został cofnięty na posiedzeniu przez wnoszącego odwołanie wykonawcę Rotomat, z uwagi – jak podał – na uwzględnienie przez Zamawiającego dwóch zarzutów ewentualnych również podniesionych w odwołaniu, a dotyczących naruszenia – z uwagi na ich niezastosowanie - przepisów:

6) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 266 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy Build do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ.

7) art. 122 Pzp w zw. z art. 119 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 5 i 7 Pzp w zw. z art. 266 Pzp z uwagi na zaniechanie należytego zweryfikowania fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania przewidzianych w SWZ w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby dla wykonawcy BUILD INVESTMENTS, a w konsekwencji zaniechania wezwania wykonawcy Build do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem albo wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, których dotyczy sprzeciw zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy uznała, że sprzeciw nie jest zasadny. Z tego względu uwzględniła zarzut kluczowy dotyczący nieprawidłowego wyboru oferty Build Investments Spółka z o.o. z/s we Wrocławiu jako najkorzystniejszej i nakazała unieważnienie tej czynności oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W pozostałym zakresie Izba uwzględniając odpowiednio przepis art. 520 ust. 2 Pzp w myśl którego „Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby” umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie cofniętych przez wykonawcę zarzutów.

W przypadku rozpoznawanych zarzutów Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

Wykonawca Build Investments Spółka z o.o. z/s we Wrocławiu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału określonego w SWZ w rozdziale IV ust. 1 pkt. 2 lit. a) wskazał na podmiot trzeci, wykonawcę Pro Investments Poland sp. z o.o. i złożył oświadczenie oraz oświadczenie tego wykonawcy, że podmiot nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym na podstawie fakultatywnej przesłanki o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby zgłaszający sprzeciw wykonawca Build nie wykazał, że wobec podmiotu trzeciego na którego zasoby się powołał nie zachodzą okoliczności wskazane wymienionym przepisem.

Dokumenty jakie przedłożył Odwołujący do odwołania dawały podstawę Zamawiającemu do uwzględnienia wskazanych zarzutów. Tak jak podał w odpowiedzi na odwołanie: „Zamawiający zapoznał się z załączonym do odwołania pismem spółki Wrocławskie Inwestycje dotyczący realizacji zamówienia publicznego przez Pro Investments Poland sp. z o.o.. Na wstępie zaznaczyć należy, że Spółka WI jest spółką prawa handlowego będącą w stu procentach własnością Gminy Wrocław. Zadaniem Spółki jest organizacja, przeprowadzenie i przekazanie do użytkowania inwestycji z zakresu infrastruktury drogowej. Natomiast Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu jest jednostką organizacyjną Gminy Wrocław, pełniącą funkcje zarządu drogi. Zatem oba podmioty działają w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław. W ocenie Zamawiającego treść pisma nie pozostawia wątpliwości co do tego, że w trakcie realizacji zamówienia publicznego przez Pro Investments Poland sp. z o.o. doszło do braku wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, co skutkowało wypowiedzeniem umowy z winy Wykonawcy i naliczeniem kary umownej z tego tytułu. Takie zachowanie, potwierdzone pismem Spółki WI, które Zamawiający uznaje za wiarygodne, wyczerpuje znamiona co najmniej z art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy PZP tj.: wykluczony może być Wykonawca, 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. Podmiot ten podlega zatem wykluczeniu z postępowania, a oferent zobowiązany jest do przedłożenia doświadczenia innego podmiotu nie podlegającego wykluczeniu na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub doświadczenia własnego”.

Według pisma z dnia 24.08.2022 r. skierowanego do PRO INVESTMENTS Poland sp. z o.o. zamawiającej Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. powołując się na § 15 umowy oświadczył, że odstępuje od tej umowy z winy wykonawcy. W uzasadnieniu tego oświadczenia wskazał na rażące nie dotrzymanie obowiązków wynikających z umowy i o zwłoce w wykonaniu przedmiotu umowy i braku szans na zakończenie robót. Dalej przedstawił okoliczności potwierdzające to stanowisko.

Dokumenty przedłożone dodatkowo na rozprawie potwierdziły, że firma PRO INVESTMENTS Poland sp. z o.o. realizowała zadanie pn. „Budowa punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych przy ul. Szwajcarskiej we Wrocławiu” na podstawie umowy ZP/TP/05820/01/2021 z dnia 17 września 2021 r., które to zadanie nie zostało ukończone przez tego wykonawcę. Z ustaleń wynika także, że zamawiający, w tym przypadku Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o. w dniu 17 czerwca 2022 r. skierował do PRO INVESTMENTS Poland sp. z o.o. dwa pisma.

W pierwszym z nich, wskazano na § 2 (termin) i § 13 (kary) umowy wezwaly wykonawcę (...) do natychmiastowego wszczęcia przerwanym robót na Obiekcie PSZOK - Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (...) i wyznaczono (...) nieprzekraczalny termin wszczęcia tych prac na dzień 22.06.2022 (...) oraz termin (...) na zakończenie prac objętych umowy ZP/TP/05820/01/2021 na dzień 31.07.2022”. W kolejnych akapitach podano: „Informuję, że w przypadku braku podjęcia działań zmierzających do wykonania przedmiotu umowy, Zamawiający na podstawie brzmienia § 13 [Kary umowne] pkt. 1. ust. 2. będzie upoważniony do naliczenia kar umownych w wysokości 0,5% za każdy dzień zwłoki lub odstąpienia od umowy na podstawie brzmienia § 15 [Odstąpienie od umowy], z winy wykonawcy. Jednocześnie informuję, że zgodnie z brzmieniem § 13 [Kary umowne] pkt. 2 Zamawiający zastrzega sobie możliwość dochodzenia odszkodowania do wysokości faktycznie poniesionej szkody. tj. utraconego dofinansowania z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej”.

W drugim z kolei piśmie wskazując na § 4 umowy zamawiający WI podał: (...) wzywam do natychmiastowego i właściwego zabezpieczenia terenu robót, dokonania właściwego oznakowania placu budowy oraz zapewnienia dozoru mienia Zamawiającego na terenie robót. Informuję, że w przypadku braku podjęcia powyższych działań. Zamawiający podejmie te czynności na koszt wykonawcy, a stosowna informacja zostanie przekazana do organów nadzoru

*budowlanego*".

Przystępujący nie przedłożył przeciwnych dowodów, co do nieprawdziwości wskazanych okoliczności na które powołał się Odwołujący i które uwzględnił Zamawiający. Pismo wykonawcy PRO INVESTMENTS na które wskazywał Przystępujący z dnia 22 sierpnia 2022 r. nie obaliło dowodów co do zdarzeń, które nastąpiły w relacjach stron umowy przed dniem 22 sierpnia 2022 r. wskazanych w dowodach przez Odwołującego. Także Przystępujący nie uprawdopodobnił, [wbrew twierdzeniom wykonawcy PRO INVESTMENTS z pisma z dnia 23.05.23 skierowanego do Zamawiającego], że kwestia złożonych oświadczeń i naliczonych kar wykonawcy PRO INVESTMENTS została skierowana do sądu czy też podlega badaniu w postępowaniu sądowym. Izba zwraca także uwagę, że reakcja PRO INVESTMENTS na wezwania z pism z dnia 17/06/22 nastąpiła, jak wykazano w postępowaniu dowodowym przed KIO, dopiero w dniu 12 sierpnia 2022 r. Powyższe wynika z pisma z dnia 12 sierpnia 2023 r. które wykonawca PRO INVESTMENTS Poland Sp. z o.o. skierował do spółki Wrocławskich Inwestycji Spółka z o.o. siedzibą we Wrocławiu. Ponadto w tym piśmie w miejsce żądanych zachowań PRO INVESTMENTS, grożąc odstąpieniem od umowy, zarzucił zamawiającemu m.in. poważne błędy w dostarczonej przez niego dokumentacji projektowej w sytuacji, gdy sporna umowa dotyczyła robót budowlanych realizowanych w trybie „zaprojektuj i wybuduj” i zgodnie z umową to wykonawca był zobowiązany do opracowania dokumentacji projektowej.

Tym samym Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego miał podstawy, aby w zakresie wskazanym w odpowiedzi na odwołanie zdecydować o ponownym badaniu oferty Przystępującego wykonawcy Build z zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 3 oraz ust.4 i 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 od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437). Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 Pzp Izba w wyroku rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z kolei z § 7 ust. 2 pkt 3 cyt. rozporządzenia: „2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: (...) 3) odwołujący i zamawiający lub uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania.”

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....