

Szczecin, 07.05.2024r.

Dotyczy: **Budowa drogi gminnej nr 195030Z w miejscowości Moczyły**

Szanowni Państwo,

W związku z przewidzianą w przedmiotowym postępowaniu w pkt 6.3 SWZ podstawą wykluczenia wykonawców z postępowania opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 (Dz.U. z 2019 poz. 2020) (dalej: PZP) przedstawiamy w załączeniu dokument pn. *„Informacje wymagane zgodnie z art. 110 ust 2 ustawy PZP w celu udowodnienia, że Strabag sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu na podstawie art.109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP” wraz z załącznikami.*

Z poważaniem,

**Informacje wymagane zgodnie z art. 110 ust 2 ustawy z 11.09.2019r. Prawo zamówień publicznych (PZP) w celu udowodnienia, że STRABAG Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu na podstawie art.109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP**

Opis działań podjętych przez STRABAG Sp. z o.o. w związku z odrzuceniem oferty złożonej przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG jako złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Zabierzowa w ciągu drogi krajowej nr 79” a mających zapobiec wykluczeniu STRABAG Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

**I. Czyniąc zadość obowiązкови wyjaśnienia faktów i okoliczności związanych ze wskazanym wyżej przypadkiem odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 110 ust. 2 pkt 2 PZP STRABAG Sp. z o.o. wyjaśnia, co następuje:**

Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Zabierzowa w ciągu drogi krajowej nr 79” (dalej „postępowanie”).

W postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wraz z ofertą wstępnego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). W dniu 16.09.2022r. STRABAG Sp. z o.o. złożyła wraz z ofertą oświadczenie w formie wypełnionego formularza JEDZ. Oświadczenie JEDZ złożyła również spółka STRABAG AG. Każdy z partnerów konsorcjum weryfikował podstawy wykluczenia z postępowania zgodnie z wymogami PZP.

Przed złożeniem oferty STRABAG Sp. z o.o. w osobie pracowników Działu Kalkulacji spółki zasięgała informacji od partnera Konsorcjum - STRABAG AG w zakresie obligacyjnych i fakultatywnych przesłanek wykluczenia ustalonych w postępowaniu. Z uzyskanych od STRABAG AG informacji wynikało, że spółka dokonała oceny, czy w stosunku do niej w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania Oferty zaistniały zdarzenia, o których mowa w art. 108 i 109 ustawy PZP. Z danych tych wynikało, że STRABAG AG analizowała stwierdzone w tej Spółce naruszenia, tj. zawierane w latach 2002 – 2017 porozumienia mające na celu ograniczenie konkurencji oraz wydaną 21.10.2021r. decyzję o nałożeniu grzywny w kontekście podstaw do przedstawienia takiej informacji w JEDZ przez STRABAG AG. Na podstawie dokonanej analizy przepisów regulujących podstawy wykluczenia, w szczególności art. 111 ustawy PZP przyjęto, że nie ma obowiązku notyfikowania tej okoliczności w dokumencie JEDZ. Tym samym podjęto decyzję o nieujawnianiu informacji o powyższym zdarzeniu. Po zbadaniu dotychczasowych orzeczeń KIO, polskich sądów oraz poglądów doktryny uznano, że minął już 3 letni okres, w ciągu którego STRABAG AG ma obowiązek informować w JEDZ o porozumieniach kartelowych. W związku z dokonaną analizą informacja ta nie została umieszczona w JEDZ. Należy także wskazać, że Konsorcjum STRABAG przed złożeniem Oferty uzyskało zewnętrzną opinię prawną, która potwierdzała przyjętą interpretację przepisów i brak obowiązku zawarcia takiej informacji w JEDZ składanym przez STRABAG AG.

W efekcie dokonanych analiz składając w przedmiotowym postępowaniu JEDZ, w odpowiedzi na pytanie w części III C dotyczące podstaw związanych z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi o treści:

- „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?” STRABAG AG zaznaczyła odpowiedź „NIE” oraz na pytanie
- „czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosowanych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia” również udzieliła odpowiedzi przeczącej.

W dniu 27.10.2022r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG. Od powyższej czynności Zamawiającego Konsorcjum Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Polimex Mostostal SA, Polbud – Pomorze Sp. z o.o. i Mosty Łódź SA. wniosło odwołanie, wnosząc o unieważnienie czynności wyboru i odrzucenie oferty Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG.

W odwołaniu zarzucono, m. in. naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum STRABAG, 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 wobec STRABAG AG podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP;
- b) art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 109 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, w której podlega on wykluczeniu w związku z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych przez STRABAG AG, co podważa jego uczciwość, a to z uwagi na uznanie przez Austriacki Sąd Kartelowy, a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji, że STRABAG AG naruszyła § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było – zgodnie z informacją AFCA – ukaranie STRABAG AG karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP;
- c) art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której podlega on wykluczeniu z postępowania w związku z zawarciem przez STRABAG AG z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co Zamawiający mógł stwierdzić obecnie na podstawie wiarygodnych przesłanek, a to z uwagi na uznanie przez Austriacki Sąd Kartelowy, a wcześniej Austriacki Federalny Urząd at. Konkurencji, że STRABAG AG naruszyła § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było – zgodnie z informacją AFCA – ukaranie STRABAG AG karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP;

- d) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP w zw. z art. 109 ust. 2 PZP oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP i art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, STRABAG AG przedstawiła informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego (wprowadzenie w błąd/zatajenie informacji), iż STRABAG AG nie jest winna poważnego wykroczenia zawodowego oraz nie zawarła z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a zatem nie podlega wykluczeniu, mimo iż – jak to wskazano w powyższym zarzucie – Austriacki Sąd Kartelowy, a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji, uznały, że STRABAG AG naruszyła § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było ukaranie STRABAG AG karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP, o czym Wykonawca powinien poinformować Zamawiającego 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.

Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu wobec STRABAG Sp. z o.o. zostały wycofane przez Odwołującego. W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie w zakresie tych zarzutów. Przedmiotem sporu w postępowaniu odwoławczym były zarzuty odnoszące się do zawieranych przez STRABAG AG w okresie od 2002 do 2017 porozumień mających na celu ograniczenie konkurencji (porozumień kartelowych).

Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, kwestionując zarzuty odwołania i wnosząc o jego oddalenie.

Uzasadniając wniosek o oddalenie odwołania Konsorcjum wskazało, że STRABAG AG nie zataiła w sposób celowy ani nawet w sposób noszący znamiona lekkomyślności informacji związanych z udziałem tej spółki w okresie 2002 – 2017 w porozumieniach ograniczających konkurencję. Informacje udostępniane przez austriacki urząd ds. konkurencji były informacjami ogólnodostępnymi, o czym świadczył fakt uzyskania ich przez Odwołującego Konsorcjum Polimex ze strony internetowej tego urzędu. Jak wynika z komunikatów prasowych, decyzja o nałożeniu kary odnosiła się do naruszenia przez STRABAG AG § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFEU w okresie od lipca 2002 do października 2017r. Decyzja o nałożeniu kary z 21.10.2021r. wydana została w ramach postępowania tzw. leniency – programu łagodzenia kar. STRABAG AG współpracowała z organami ochrony konkurencji w ramach programu łagodzenia kar na podstawie § 11 b WettbG (austriackiej ustawy o konkurencji). Podstawą prawną programu łagodzenia kar są przepisy § 11b austriackiej ustawy o konkurencji. Program łagodzenia kar stosowany jest wobec przedsiębiorstw, które zakończyły swój udział w naruszeniu przepisów, następnie współpracowały z Federalnym Urzędem Ochrony Konkurencji zgodnie z prawdą, niezwłocznie i bez ograniczeń w celu pełnego wyjaśnienia wszystkich aspektów sprawy.

Ponadto dokonano stosownej analizy przepisów przed złożeniem oferty. Na podstawie dotychczasowych orzeczeń KIO, wyroków sądów krajowych oraz europejskich, a także

opierając się na poglądach doktryny, STRABAG AG uznała, że po jej stronie nie istnieje już obowiązek notyfikacji w JEDZ naruszeń, które zakończyły się w 2017 roku. Powyższe stanowisko wynikało z tego, że upłynął już 3 letni okres wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy PZP. STRABAG AG przyjęła, że nie miała obowiązku informowania o wszystkich okolicznościach historycznych, co do których upłynął ustawowy termin wykluczenia. Artykuł 111 pkt 4 ustawy PZP wyznacza bowiem okres maksymalny, w jakim może mieć miejsce wykluczenie wykonawcy z powodu danego zdarzenia, a jego upływ powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia zaistniała. Zgodnie z art. 111 pkt 4 PZP wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 na okres trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis ten nie wprowadza regulacji analogicznej do np. art. 111 pkt 2 tiret pierwsze PZP, gdzie wskazuje się okres liczony od dnia uprawomocnienia się odpowiednio wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, wydania ostatecznej decyzji lub zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, chyba że w wyroku lub decyzji został określony inny okres wykluczenia. Z powyższych regulacji wynikało, że w świetle zarówno art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, który odnosi się do "wiarygodnych przesłanek" jak i art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP, który odnosi się do "stosownych dowodów" nie istnieje wymóg, aby zdarzenie będące podstawą wykluczenia zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub decyzją.

Powyższy pogląd potwierdzało również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 28.02.2022, KIO 296/22, wyrok KIO z 15.03.2022r. KIO 279/22), jak i orzeczenia TSUE np. w sprawie C-465/11 Forposta, C- 416/21 Landkreis Aichach-Friedberg. I tak, podejmując komentowaną decyzję dotyczącą sposobu wypełniania JEDZ, STRABAG AG opierała się m. in. na poglądach doktryny, zgodnie z którymi: *„Wykluczenie wykonawcy z postępowania za zaniechanie lub czynność, która została w przepisach art. 108 i 109 PZP uznana za negatywną i świadczącą o utracie rzetelności przez wykonawcę, nie może mieć miejsca bezterminowo od wystąpienia danego zdarzenia. Tego typu sankcja byłaby nieproporcjonalna i niedająca możliwości uwzględnienia zmiany, jaka zaszła w prowadzeniu działalności przez wykonawcę. Stąd niezbędne jest określenie ustawowo terminu, w jakim wykonawca podlega wykluczeniu (...). Okres, w jakim nastąpi wykluczenie, został ustalony różnie dla różnych przesłanek wykluczenia. Stwierdzając zajście okoliczności wypełniających przesłanki, zamawiający musi określić czas, w jakim dane zdarzenie wystąpiło, oraz ustalić, czy upłynął okres wskazany w przepisach. Jeżeli okres ten upłynął, wykluczenie nie może nastąpić”* (por. M. Stachowiak (w W. Dzierżanowski i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. WKP 2021; J. Jarnicka (vide M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. C.H. Beck, 2021 r.), wskazując: *„w art. 111 PZP (...) przewidziano pewnego rodzaju „zatarcie skazania” stosowane do oceny przesłanek wykluczenia. (...) Po upływie okresów, o których mowa w art. 111 PZP wykluczenie wykonawcy z powodu skazania nie będzie możliwe. Dotyczy to nie tylko przestępstw karnych, ale również innych zdarzeń, które zgodnie z art. 108 lub 109 PZP stanowią podstawy wykluczenia”*. Powyższe stanowisko potwierdzały także orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z 28.02.2022 r. (KIO 296/22) wskazano, że *„z przepisu art. 111 pkt 4 PZP wynika, że termin, w jakim zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który dopuścił się zmywy przetargowej, biegnie od zdarzenia, a nie od prawomocnej decyzji uprawnionego organu, który stwierdził zaistnienie tej zmywy. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP daje zamawiającemu podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy (lub wykonawców), gdy zamawiający stwierdzi na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawcy dopuścili się zmywy przetargowej”*. Podobnie w wyroku z 15.03.2022 r. (KIO

279/22) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „kwestię przedawnienia zgłoszenia czynu noszącego znamiona zmywy przetargowej należy rozpatrywać w związku takich przepisów ustawy PZP jak: art. 513, w związku z art. art. 515 ust. 3 i w związku z art. 111 pkt 4 ustawy PZP, a to oznacza nie później niż 3 lata od zaistnienia zmywy przetargowej”. Również w wyroku z 06.09.2021 r. (sygn. akt KIO 2254/21, KIO 2255/2, KIO 2258/21) Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „ustawodawca nie uzależnił ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie "zmywy przetargowej". Przeciwnie - ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział niezależną przesłankę wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy to właśnie zamawiający (a nie inny organ) stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia”.

Podglądy wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej były również aprobowane w orzecznictwie sądowym. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z 15.06.2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 60/22) wskazał: „art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach.”. Tutejszy Sąd Okręgowy podkreślił przy tym, że „art. 111 ustawy p.z.p. wyznacza granice czasowe istotności/ważności ujawnionych okoliczności stanowiących podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, co stanowi jedną z gwarancji realizacji zasad proporcjonalności i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zob. wyrok KIO z dnia 18.03.2022 r., sygn. akt KIO 566/22). W przypadku ujawnienia przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p., po upływie trzyletniego okresu wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy p.z.p., rzetelność wykonawcy nie może być podważana z powodu zawarcia z innym wykonawcom porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.” Podobnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że przepis art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE upoważnia instytucje zamawiające do udowodnienia dowolnymi środkami wykroczenia zawodowego. Trybunał uznał, że stwierdzenie takiego wykroczenia nie wymaga wyroku mającego powagę rzeczy osądzonej (tak: wyrok z dnia 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11 *Forposta*, pkt 28, ECLI:EU:C:2012:801), sama decyzja krajowego organu stwierdzająca, że dany podmiot naruszył zasady konkurencji, może stanowić wskazówkę istnienia poważnego wykroczenia popełnionego przez ten podmiot (postanowienie z dnia 4 czerwca 2019 r. w sprawie C-425/18 *Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (CNS)*, pkt 32). Z kolei w wyroku z 15 września 2022 r., w sprawie C-416/21 *Landkreis Aichach-Friedberg* (pkt 51, ECLI:EU:C:2022:689), Trybunał wskazał, że art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że podstawa wykluczenia określona w tym przepisie dotyczy sytuacji, w których istnieją wystarczająco wiarygodne przesłanki pozwalające uznać, że wykonawcy zawarli porozumienie zakazane na mocy art. 101 TFUE.

W doktrynie unijnego prawa zamówień publicznych wskazuje się, że wiarygodne przesłanki, do których odnosi się art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE (którego transpozycję stanowi art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP), wymagają jedynie uprawdopodobnienia, że doszło do naruszenia zakazu porozumień antykonkurencyjnych (zob. P. Friton, J. Zöll. [w:] R. Caranta (ed.), A. Sanchez-Graells (ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing 2021, s. 615). Decyzja sądu kartelowego na pewno wypełnia ww. wymóg, jednak zarówno regulacja unijnej dyrektywy, jak i ustawy PZP nie wskazuje, że taka decyzja jest wymagana do zastosowania przedmiotowej podstawy wykluczenia. Niektórzy przedstawiciele doktryny unijnego prawa zamówień publicznych

wskazują, że art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE odnosi się wprost do sytuacji, gdy takie „skazanie” nie nastąpiło (zob. C. Risvig Hamer, [w:] M. Steinicke (ed.), P. L. Vesterdorf (ed.), *EU Public Procurement Law. Brussels Commentary*, Nomos Verlagsgesellschaft 2018, s. 637-638). W podobny sposób dyrektywa 2014/24/UE odnosi się do przesłanki uregulowanej w art. 57 ust. 4 lit. c), związanej z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych (tj. art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP) – jeśli zamawiający jest w stanie wykazać takie naruszenie, mimo braku ostatecznej decyzji sądowej lub administracyjnej, to jest uprawniony do zastosowania ww. podstawy wykluczenia (zob. P. Friton, J. Zöll. [w:] R. Caranta (ed.), A. Sanchez-Graells (ed.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*, Edward Elgar Publishing 2021, s. 613). W kontekście analizowanego orzecznictwa i poglądów doktryny STRABAG AG uznała, że nie istnieje obowiązek wskazywania w dokumencie JEDZ zdarzeń, co do których upłynął 3 letni okres, o którym mowa w art. 111 pkt 4 PZP.

W dniu 28.11.2022r. Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) wydała wyrok, w którym uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum oraz odrzucenie tej oferty. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że skoro STRABAG AG podjęła współpracę z odpowiednimi organami ochrony konkurencji w ramach programu łagodzenia kar co najmniej od 02.07.2019r., w tym w zakresie dostarczenia dowodów, przyznania się do winy, zaprzestania naruszeń i podjęcia działań prewencyjnych, to w celu odbudowania swojej wiarygodności i przejrzystości swoich działań powinna rzetelnie ujawnić te okoliczności w ramach przetargów publicznych, w których brała udział.

W wyroku z 28.11.2022r. KIO uznała za zasadne zarzuty stawiane w odwołaniu wobec STRABAG AG. Jak wyżej wskazano przedmiot sporu odnosił się w szczególności do wykładni przepisu art. 111 pkt 4 PZP, prezentowanej m. in. w dotychczasowym orzecznictwie KIO i wskazanego w nim 3-letniego okresu wykluczenia wykonawcy liczonego nie od zaistnienia zdarzenia, będącego podstawą wykluczenia zgodnie z brzmieniem tego przepisu, a od wydania decyzji z sprawie. W wyroku z 28.11.2022r. KIO uznała, że termin ten należy liczyć od decyzji obciążającej STRABAG AG grzywną z tytułu popełnionych naruszeń. W konsekwencji powyższego ustalenia Izba uznała, że wobec STRABAG AG zachodzą przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP:

*„Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 109 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania i odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, w której podlega on wykluczeniu w związku z zawnionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych przez STRABAG AG, co podważa jego uczciwość, a to z uwagi na uznanie przez Austriacki Sąd Kartelowy, a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji, że STRABAG AG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było – zgodnie z informacją AFCA – ukaranie STRABAG AG karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP; Zarzut zasługuje na uwzględnienie”.*

*„W okolicznościach tej sprawy w odniesieniu do STRABAG AG ziszczy się przesłanki, określone w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, skutkujące koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania”*

*„Izba stwierdziła, że oświadczenie złożone przez STRABAG AG w JEDZ jest obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością, gdyż po stronie STRABAG AG doszło do naruszenia obowiązków zawodowych oraz stwierdzono zawarcie stosownego porozumienia naruszającego konkurencję, co wynika wprost z decyzji Sądu Antymonopolowego z dnia 21 października 2021 r. Tymczasem wykonawca zaprzeczył, aby takie naruszenia w ogóle miały miejsce. W ten sposób STRABAG AG wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, poprzez zatajenie stosownych informacji.*

W kontekście powyższych rozważań prawnych Izba doszła do przekonania, że skoro wykluczeniu z postępowania podlega STRABAG AG, to tym samym z postępowania wykluczyć należy drugiego z partnerów Konsorcjum, tj. STRABAG Sp. z o.o.:

*„Przepis art. 109 ust. 3 Pzp wskazuje, że w sytuacji określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Oczywistym jest, w ocenie Izby, że odpowiedzialność członków konsorcjum w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest solidarna”. Dalej Izba stwierdziła „Skoro zatem jeden z członków konsorcjum podlega wykluczeniu, to w konsekwencji konsorcjum podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez konsorcjum musi podlegać odrzuceniu.*

KIO uznała, że oświadczenie złożone przez STRABAG AG w JEDZ było obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością, gdyż po stronie STRABAG AG doszło do naruszenia obowiązków zawodowych oraz stwierdzono zawarcie porozumień naruszających konkurencję, co wynikało wprost z decyzji Sądu Antymonopolowego z dnia 21.10.2021r. W ten sposób STRABAG AG wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, poprzez zatajenie stosownych informacji, co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa, co konsumuje łagodniejsze formy podmiotowe działania wykonawcy, które wskazane zostały w art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, tj. niedbalstwo oraz lekkomyślność. W konsekwencji stwierdzenia zasadności zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia, potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum STRABAG, czego konsekwencją był wybór tej oferty jako najkorzystniejszej. Oferta Konsorcjum STRABAG powinna zostać odrzucona, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP. W związku z potwierdzeniem powyższych zarzutów KIO uznała za zasadny także zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 09.01.2023r. odrzucił Ofertę Konsorcjum, zgodnie z wyrokiem KIO.



STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem wniosły skargę na wyrok KIO do Sądu Zamówień Publicznych, zarzucając rozstrzygnięciu KIO m. in. naruszenie prawa materialnego, tj.:

- 111 pkt 4 PZP w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego błędną wykładnię wyrażającą się w uznaniu, że zdarzeniem od którego należy liczyć 3 letni okres wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest możliwość stwierdzenia przez Zamawiającego przesłanek wykluczenia, a w konsekwencji błędne zastosowanie tego przepisu, podczas, gdy w stanie faktycznym sprawy upłynął okres wykluczenia STRABAG AG z postępowania na skutek zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia wskazanego w art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP,
- art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, że Konsorcjum podlega wykluczenia z postępowania w związku z wprowadzeniem w błąd Zamawiającego,
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP poprzez niewłaściwe zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, że oferta złożona przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG podlega odrzuceniu, jako że została złożona przez "wykonawcę", który podlega wykluczeniu w związku z naruszeniem przepisów art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP, pomimo, że w odniesieniu do podstawy wykluczenia STRABAG AG upłynął 3 letni okres wskazany w art. 111 pkt 4 PZP.

Konsorcjum zarzuciło również KIO naruszenie przepisów postępowania, m.in.:

- art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 PZP w zw. z art. 111 pkt 4 PZP, w zw. art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP poprzez wydanie wyroku uwzględniającego odwołanie i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty skarżącego -Konsorcjum, pomimo upływu okresu wykluczenia STRABAG AG, o którym mowa w art. 111 pkt 4 PZP;
- art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, w zw. z art. 120 PZP i w zw. z art. 445 ust. 1 PZP, poprzez uwzględnienie odwołania także w stosunku do Lidera Konsorcjum, tj. STRABAG Sp. z o.o., mimo cofnięcia wszystkich zarzutów odwołania w stosunku do Lidera Konsorcjum i umorzenia postępowania przez Izbę w zakresie tych wszystkich zarzutów (pkt 1. przedmiotowego wyroku KIO 2960/22) i poprzez jednoczesne przypisanie Liderowi Konsorcjum odpowiedzialności solidarnej w zakresie zarzutów podtrzymanych wyłącznie wobec STRABAG AG;
- art. 554 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. art. 559 ust. 2 PZP poprzez uwzględnienie odwołania i uznania obu członków Konsorcjum jako jednego "wykonawcę", który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP, co stanowi sprzeczność sentencji wyroku (pkt 2) z jego uzasadnieniem, w którym KIO wskazała na sankcję wykluczenia z art. 111 pkt 4 jedynie w stosunku do STRABAG AG.

Konsorcjum wniosło o zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zaskarżonej części i oddalenie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia przepisów art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy PZP. W złożonej skardze, Konsorcjum nie kwestionowało okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem przez STRABAG AG w okresie od lipca 2002r. do października 2017r. przepisów o ochronie konkurencji w zakresie § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 ust. 1 TFUE. Uwzględnione przez KIO zarzuty opierały się na tej samej podstawie faktycznej dotyczącej naruszeń związanych z zakłóceniem konkurencji. Konsorcjum stało na stanowisku, że wyrażona przez Izbę wykładnia przepisu art. 111 pkt 4 PZP opiera się na założeniu, że okres wykluczenia z postępowania winien być

liczony od momentu, w którym zamawiający miał możliwość stwierdzenia naruszeń. Przez to KIO uznała, że podstawą wykluczenia winno być nie samo zdarzenie (w stanie faktycznym sprawy naruszenie zasad konkurencji), a stwierdzenie naruszeń przez stosowny organ lub sąd. Zdaniem Konsorcjum, wykładnia dokonana przez Izbę doprowadziła do wniosków sprzecznych z literalnym brzmieniem przepisu art. 111 pkt 4 PZP. Przepis ten wyraźnie odwołuje się do „*zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia*”. Opierając się na wykładni językowej, a także na brzmieniu przepisów krajowych i dyrektywy unijnej, Konsorcjum stwierdziło w złożonej skardze, że przepis art. 111 pkt 4 PZP, którego naruszenie zarzucił skarżący, odnosi się do kilku podstaw wykluczania, tj. art. 108 ust. 1 pkt 5 i 6, art. 109 ust. 1 pkt 4-7 oraz pkt 9 PZP. We wszystkich przypadkach wymienionych w art. 111 pkt 4 PZP Ustawodawca wyraźnie wskazał na datę zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, bez różnicowania poszczególnych podstaw, tak jak to uczynił np. w odniesieniu do naruszenia obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego czy prawa pracy, gdzie jako podstawę wykluczenia wskazał decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków. Dlatego konsorcjum STRABAG wskazywało, że nieuprawnione jest, stosując przepis art. 111 pkt 4 PZP przyjmować jako podstawę wykluczenia wyrok czy decyzję organu, a w odniesieniu do innych przypadków przyjmować jako podstawę zaistnienie zdarzenia. Takie rozróżnienie nie występuje w omawianym przepisie, a biorąc pod uwagę charakter regulacji dotyczących wykluczenia wykonawców z postępowania, niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca.

W dniu 30.03.2023r. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych wydał wyrok, którym oddalił skargę. Sąd Okręgowy w całości podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołania, jak i stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zdaniem Sądu, Ustawodawca konsekwentnie, gdyż miało to miejsce także w ustawie PZP z 2004 r. pozostawił dotychczasowe uregulowanie „*zdarzenia będącego podstawą wykluczenia*”. Niemniej jednak, poprzedni przepis a dokładniej art. 24 ust. 7 pkt 3) odnosił się literalnie do „dnia zaistnienia” zdarzenia. Aktualne przepisy wskazują zaś ogólnie o „zaistnieniu” zdarzenia. Zgodnie zaś ze słownikiem języka polskiego PWN „zaistnieć” oznacza „stać się znanym lub mieć, zacząć mieć znaczenie”. Zgodnie z art. 111 pkt 4 PZP wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9 na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W ocenie Sądu, taki zabieg ustawodawcy należy uznać za celowy. Sąd Okręgowy podziеляjąc stanowisko Konsorcjum, że do wykluczenia wykonawcy przy zaistnieniu wskazanych powyżej przesłanek nie jest konieczne wydanie wyroku czy też decyzji, wyjaśnił że art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach. Dalej Sąd wyraził pogląd, że pozostawienie przez ustawodawcę dość ogólnego pojęcia „*zdarzenia będącego podstawą wykluczenia*” może być w różny sposób interpretowane. Zdaniem Sądu Okręgowego, zgromadzony w tej konkretnej sprawie materiał dowodowy pozwala uznać przyjęcie 3 letniego okresu wykluczenia od daty wydania decyzji przez Austriacki Sąd Antymonopolowy/kartelowy tj. 22 października 2021 r. nie zaś, jakby chciało Konsorcjum, od zakończenia okresu uczestnictwa w kartelu.

W ocenie Sądu Okręgowego, podobnie jak w ocenie KIO, STRABAG AG miała zatem obowiązek odpowiedzieć „tak” na wskazywane powyżej pytania w dokumencie JEDZ, czego jednak nie uczyniła. W ten sposób samodzielnie dokonała oceny uwzględniającej własną indywidualną wykładnię przepisów dotyczących podleganiu przez nią bądź nie podstawom

wykluczenia, a zatem stała się niejako „sędzią we własnej sprawie.” W ocenie Sądu Okręgowego, STRABAG AG powinna poinformować zamawiającego o toczącym się w stosunku co do niej postępowaniu. Tym bardziej w sytuacji, w której było wiadomo, że STRABAG AG zawarła z innymi wykonawcami tzw. znowę przetargową, czym winna była poważnego wykroczenia zawodowego. Zaniechanie w tym zakresie uniemożliwiło zamawiającemu zbadanie i ocenę okoliczności w świetle przesłanek do wykluczenia. Już samo to, w ocenie Sądu Okręgowego, tj. wprowadzenie w błąd w tym dokumencie zamawiającego jest samodzielną/samoistną podstawą do wykluczenia wykonawcy.

Sąd Okręgowy ponadto nie zgodził się ze skarżącym, że literalne brzmienie przepisu art. 111 pkt 4 PZP jest tak oczywiste, że nie ma podstaw do sięgnięcia do wykładni celowościowej. Przeciwnie, w ocenie Sądu Okręgowego, określenie zdarzenia będącego podstawą do wykluczenia jest tak ogólne, że pod tym pojęciem mogą mieścić się różne stany faktyczne. Sięgnięcie zaś do wykładni celowościowej w tej konkretnej sprawie, przemawia za przyjęciem za „zdarzenie będące podstawą do wykluczenia” wydanie decyzji potwierdzającej znowę przetargową. Tylko na tej podstawie, co zostało już wskazywane wielokrotnie, zamawiający był w stanie w sposób nie budzący wątpliwości zbadać i wykazać podstawę wykluczenia odnoszącą się do zawarcia znowy przetargowej. W uzasadnieniu wyroku wskazano również, że brak jest podstawy prawnej, zgodnie z którą stosowanie obligatoryjnej podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP uniemożliwiałoby jednoczesne wykluczenie w oparciu o podstawę fakultatywną z art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP. Natomiast działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. W ocenie Sądu, oświadczenie złożone przez STRABAG AG w JEDZ jest obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością. Tym samym, STRABAG AG dopuściła się rażącego niedbalstwa w postaci winy co najmniej nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności. W konsekwencji każda ze wskazanych podstaw wykluczenia, czy to art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP czy też art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP, mogła doprowadzić do wykluczenia STRABAG AG z przedmiotowego postępowania.

Odnosząc się do możliwości dalszego udziału w postępowaniu jednego członka konsorcjum, Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 58 ust. 5 PZP przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie mniej jednak także art. 58 ust. 2 PZP wskazuje, że wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy traktować jako całość, chociażby dlatego, że zgodnie z brzmieniem tego przepisu w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skoro zatem podstawy wykluczenia zarówno zawarte w art. 108 jak i 109 PZP mają zastosowanie do wykonawcy, należy w ocenie Sądu przyjąć, że odnoszą one skutek do całego konsorcjum wykonawcy. Potwierdza to także zakres badania podstaw wykluczenia wykonawcy przez samego zamawiającego, chociażby poprzez wypełnienie JEDZ, który niewątpliwie w rozpatrywanej sprawie został wypełniony przez każdego z poszczególnych członków konsorcjum osobno. W konsekwencji Sąd przyjął, że w odniesieniu do wykonawcy, jakim jest konsorcjum składające się z dwóch spółek, obowiązek wypełnienia JEDZ spoczywa na każdym członku konsorcjum, zaś brak wykazania powyższego przez chociażby jednego z nich jest podstawą do wykluczenia wykonawcy, którym jest konsorcjum jako całość. W konsekwencji powyższego należało przyjąć istnienie obowiązku odrzucenia przez

zamawiającego oferty wykonawcy, tj. całego konsorcjum a w niniejszej sprawie Konsorcjum STRABAG.

W uzasadnieniu wyroku doręczonego w dniu 26.06.2023r. Sąd Okręgowy wskazał także, że żaden przepis ustawy nie reguluje wprost, czy możliwe jest wystąpienie z konsorcjum jednego z jego członków i pozostawienie drugiego konsorcjanta, w przypadku kiedy podstawy do wykluczenia odnoszą się do jednego z konsorcjantów. W ocenie Sądu, zasadnym jest zastosowanie zasad ogólnych z prawa zamówień publicznych. To zaś w konsekwencji prowadziło do wykluczenia całego Konsorcjum STRABAG składającego się ze spółek: STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG.

Jak wskazał Sąd, nawet gdyby uznać, że podstawa do wykluczenia dotyczyłaby tylko spółki STRABAG AG, to jednak należy podkreślić, że STRABAG Sp. z o.o. jako wykonawca nie zawiadomiła Zamawiającego o wszystkich okolicznościach obciążających STRABAG AG. Tym samym zdaniem Sądu, Zamawiający został wprowadzony w błąd co do okoliczności istotnych z punktu widzenia wyboru dokonanego przez Zamawiającego, a to również prowadziłyby do wykluczenia wykonawcy.

W wyroku Sąd uznał, że co do zasady brak jest prawnych możliwości modyfikacji podmiotowej po stronie wykonawcy, w taki sposób, by w przetargu „pozostał” jeden z partnerów konsorcjum, którego nie dotyczą zarzuty odnoszące się do podstaw wykluczenia. Wszelka analiza takiego przypadku musi być dokonana każdorazowo przy uwzględnieniu ogólnych zasad systemu zamówień publicznych, w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw prawnych do dokonania modyfikacji podmiotowej w taki sposób, że wykonawcą byłby jeden z partnerów konsorcjum, tj. STRABAG Sp. z o.o.

Nie zgadzając się z tym rozstrzygnięciem Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG wniosło o sporządzenie uzasadnienia wyroku w zamiarze wniesienia skargi kasacyjnej. W dniu 26.06.2023r. Sąd Okręgowy w Warszawie doręczył wyrok z 30.03.2023r. wraz z uzasadnieniem. Wobec faktu wniesienia skargi na wyrok KIO i zamiaru złożenia od tego wyroku skargi kasacyjnej do Sądu Najwyższego nie zachodziły przesłanki do zastosowania procedury self-cleaningu. Zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa i doktryny zastosowanie tej instytucji nie jest możliwe niejako z „ostrożności.” Jak wynika bowiem z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej *“Instytucja samooczyszczenia jest podejmowana z inicjatywy samego wykonawcy, w sytuacji, gdy ten ma świadomość i wie, że podlega wykluczeniu”* (wyrok KIO z 14.06.2018 r. sygn. akt KIO 1102/18). Podobnie wyrok z 2.08.2020r. sygn. akt KIO 1342/20 *„(...) Równocześnie warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt (...)”*.

Po ponownej wszechstronnej analizie uzasadnienia wyroku, przedstawionych w nim motywów rozstrzygnięcia, analizie uzasadnienia prawnego, w tym przywołanego przez Sąd Okręgowy orzecznictwa unijnego STRABAG Sp. z o.o. podjęła decyzję o niewnoszeniu skargi kasacyjnej od wyroku Sądu Zamówień Publicznych.

W związku z podjęciem ostatecznie decyzji o nieskładaniu środka zaskarżenia do Sądu Najwyższego, STRABAG Sp. z o.o. wszczęła i przeprowadziła procedurę self-cleaning, zgodnie z art. 110 ust. 2 PZP.

## II. Wyjaśnienie okoliczności wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 1 PZP

W opisanym w pkt I powyżej stanie faktycznym Zamawiający nie poniósł szkody, której źródłem byłoby udzielenie przez STRABAG AG w ofercie negatywnej odpowiedzi na pytanie formularza JEDZ w części III sekcji C. Do odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy doszło przed udzieleniem zamówienia, a Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Zamawiający nie poniósł w związku z tym szkody ani nie zgłosił żadnych roszczeń odszkodowawczych.

## III. Opis wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 3 nowego PZP środków technicznych organizacyjnych i kadrowych odpowiednich dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu.

Opisując przedsięwzięte środki, o których mowa w art. 110 ust 2 PZP w przypadku naruszenia stwierdzonego wyrokiem KIO z 28.11.2022r. oraz wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 30.03.2023r. Wykonawca wyjaśnia, że w stosunku do STRABAG Sp. z o.o. nie zaistniały przesłanki wykluczenia określone w art. 108 ust 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, które zgodnie z wyrokiem KIO stanowiły również podstawę wykluczenia STRABAG AG, a w konsekwencji całego konsorcjum z postępowania. STRABAG Sp. z o.o. nie brała udziału w zawarciu porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, ani nie jest spółką winną poważnego wykroczenia zawodowego z tego powodu ani jakiegokolwiek innego powodu. Uwzględnione przez KIO zarzuty dotyczące zaistnienia tych przesłanek wykluczenia odnoszą się wyłącznie do STRABAG AG. Powyższe wynika również z podstawy faktycznej zarzutów odwołania, które dotyczyły STRABAG AG. Jak wyżej wskazano w treści uzasadnienia wyroku KIO wskazała również wprost, że: *„Skoro zatem jeden z członków konsorcjum podlega wykluczeniu, to w konsekwencji konsorcjum podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez konsorcjum musi podlegać odrzuceniu. Zgodnie z zasadą proporcjonalności, sankcja wykluczenia nałożona z mocy art. 111 ust. 4 Pzp na okres trzech lat od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia w przypadku Konsorcjum Strabag powinna dotyczyć wyłącznie Strabag AG, tj. tego członka konsorcjum, którego dotyczy konkretna i bezpośrednia podstawa wykluczenia.”* Skutkiem tych naruszeń było natomiast odrzucenie oferty całego Konsorcjum i uznanie, że Wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania.

Wskazać przy tym należy, że zgodnie z orzecznictwem zarówno TSUE, jak i KIO uznaje się, że JEDZ jest oświadczeniem indywidualnym każdego z konsorcjantów, dlatego nie obowiązuje zasada odpowiedzialności zbiorowej za niedozwolone prawem porozumienia innych członków konsorcjum. Nieprawidłowe działanie jednego z członków konsorcjum nie obciąża tym samym pozostałych jego członków. Nie należy przypisywać odpowiedzialności pozostałym wykonawcom w sytuacji, gdy tylko jeden (inny) wykonawca winny był naruszenia.

Niemniej jednak STRABAG Sp. z o.o. w części przesłanek wykluczenia - dotyczących wprowadzenia w błąd Zamawiającego, tj. w zakresie przesłanek opisanych w art. 109 ust 1 pkt 8 i 10 PZP podjęła procedurę self-cleaningu. Powyższe wynika m. in. z zawartego w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie stwierdzenia, że wobec niezawiadomienia Zamawiającego przez STRABAG Sp. z o.o. o naruszeniach ze strony STRABAG AG, również Spółce STRABAG Sp. z o.o. można postawić zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Analiza stanu faktycznego opisanego postępowania przetargowego w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenie z art. 109 ust 1 pkt 8 i 10 PZP prowadzi do wniosku, że do nieprawidłowości doszło przede wszystkim na skutek zastosowania wykładni językowej obowiązujących przepisów – art. 111 pkt 4 PZP, a także zmiennych poglądów prezentowanych w judykaturze zamówień publicznych w tym zakresie. Wykonawca przyznaje, że popełnił błąd polegający na uznaniu, że przeprowadzona weryfikacja orzecznictwa i poglądów doktryny przez STRABAG AG są wystarczające dla przyjęcia, że wobec STRABAG AG upłynął 3 letni termin, w ciągu którego wykonawca zobowiązany jest notyfikować okoliczności związane z zawieraniem w okresie 2002-2017 porozumieniami, mającymi na celu ograniczenie konkurencji. STRABAG Sp. z o.o. przyznaje, że polegała w zbyt daleko idącym stopniu na wnioskach przeprowadzonej analizy prawnej przepisu art. 111 pkt 4 PZP w zakresie początku biegu terminu wykluczenia oraz że błędnie zostało przyjęte, że zdarzeniem, od którego termin ten należy liczyć w odniesieniu do podstaw z art. 108 ust. 1 jest zawsze zakończenie naruszeń (przewinień).

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o. przeprowadziła self-cleaning w zakresie przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP w celu zminimalizowania ryzyka zaistnienia takiej sytuacji w przyszłości. Tym samym Spółka nie podlega wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP.

Zgodnie z obowiązującym w Spółce Rozporządzeniem Wewnętrznym z dnia 16.02.2021r., znak: RW\_03\_2021\_6Q, w dniu 24.08.2023r. Spółka powołała Komisję Ad Hoc (dalej zwana: Komisją) w celu zbadania przyczyn zaistniałej sytuacji, tj. odrzucenia oferty Konsorcjum i uznania przez KIO, że Konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania w związku z oświadczeniami JEDZ złożonymi przez STRABAG AG. Analiza i zbadanie okoliczności przez Komisję pozwoliły Wykonawcy zidentyfikować, jakie obszary funkcjonowania Spółki wymagają działań naprawczych.

Komisja wskazała w swoich ustaleniach, m. in. że w świetle opisanych wyżej orzeczeń wydanych w sprawie, tj. wyroku KIO z 28.11.2022r. oraz wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 30.03.2023r. niewystarczająca okazała się przeprowadzona przez STRABAG AG weryfikacja i analiza podstaw wykluczenia związanych z odpowiedzią na pytanie JEDZ, czy w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania oferty wystąpiła u niego przesłanka wykluczenia związana z zawieraniem porozumień ograniczających konkurencję. Fakt ustania takiego naruszenia, jak i ustalony w decyzji odpowiedniego organu okres naruszeń okazał się niewystarczający dla uznania braku obowiązku wskazania takiej okoliczności w JEDZ – upływu 3 letniego okresu wykluczenia. Z daleko idącej ostrożności, dla określenia okresu notyfikacji takiego naruszenia uwzględnić należało również moment wydania decyzji odpowiedniego organu dotyczącej nałożenia grzywny, jak uznały zarówno KIO, jak i Sąd Okręgowy w swoich orzeczeniach wydanych w postępowaniu. Nie bez znaczenia pozostawała również zmienność orzeczeń zarówno krajowych jak i unijnych, które mogą mieć wpływ na wykładnię przepisów i wynikającą z tego potrzebę aktualizacji stanowiska i interpretacji bieżących orzeczeń przez Spółkę STRABAG Sp. z o.o.

Jak wskazano w opisie stanu faktycznego na etapie postępowania przetargowego dokonano analizy przesłanek wykluczenia. Dotychczasowe orzecznictwo oraz poglądy doktryny pozwalały przyjąć interpretację, że taki obowiązek notyfikacji nie istnieje dla zdarzeń, które miały miejsce w latach 2002 - 2017, biorąc pod uwagę art. 111 ust. 4 Ustawy PZP. W związku

z odmiennym stanowiskiem przedstawionym w wyroku KIO oraz SO w Warszawie, dokonana wcześniej ocena obowiązków notyfikacji w JEDZ okazała się nie trafna.

Po przeprowadzeniu badania przyczyn i okoliczności odrzucenia oferty Konsorcjum, Komisja Ad Hoc uznała, a Zarząd STRABAG Sp. z o.o. zatwierdził i przyjął konieczność wprowadzenia wewnętrznej regulacji wprowadzającej obowiązek uzyskania informacji od potencjalnych partnerów konsorcjum, z którym Spółka zamierza wspólnie złożyć ofertę w ramach konsorcjum w zakresie występowania przesłanek wykluczenia wraz z obowiązkiem weryfikacji przedłożonych danych oraz dokumentów.

W Rozporządzeniu Wewnętrznym z dnia 28.08.2023r., znak: RW\_03\_2023\_6Q, wprowadzony został obowiązek przekazania informacji w przedmiocie przesłanek wykluczenia za okres ostatnich 6 lat wstecz przed terminem złożenia ofert. Dotyczy on zarówno podmiotów zewnętrznych, jak i wszystkich spółek Koncernu STRABAG SE. Weryfikacja oraz zebranie niezbędnych danych oraz dokumentów musi obowiązkowo nastąpić przez termin składania ofert. Jednocześnie na pracowników działów ofertowania został nałożony obowiązek zweryfikowania przekazanych informacji przed złożeniem oferty, a w razie wątpliwości, bądź niejasności skonsultowanie ich z prawnikiem obsługującym daną jednostkę.

**Dowód:** Rozporządzenie Wewnętrzne z dnia 28.08.2023r., znak: RW\_03\_2023\_6Q, rev.1 – zał. 1

W dniu 28.08.2023r. Zarząd spółki STRABAG Sp. z o.o. w całości przyjął ustalenia i zalecenia Komisji Ad Hoc i Poleceniem z dnia 28.08.2023r. wprowadził obowiązek, aby każdy pracownik działu ofertowania minimum raz w roku, a w razie istotnych zmian częściej, uczestniczył w szkoleniu z Prawa zamówień publicznych obejmującym swoim zakresem bieżącą analizę zmian orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wyroków krajowych i europejskich sądów właściwych dla zamówień publicznych w zakresie wykładni przesłanek wykluczenia oraz obowiązków notyfikacji informacji w dokumencie JEDZ oraz oświadczeniach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, oraz o wynikających z nich skutków dla Wykonawcy.

Zarząd Spółki postanowił również, aby podczas Narady Dyrektorów Dyrekcji Spółki, co najmniej raz w roku, a w razie potrzeby częściej, wprowadzić do agendy spotkania omówienie przez Dział Prawny zmian orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wyroków krajowych i europejskich sądów właściwych dla zamówień publicznych w zakresie wykładni przesłanek wykluczenia oraz obowiązków notyfikacji informacji w dokumencie JEDZ.

**Dowód:** Polecenie Zarządu z dnia 28.08.2023r. – zał. 2

W ustaleniach Komisji Ad Hoc wydano także zalecenia, zatwierdzone przez Zarząd STRABAG Sp. z o.o. do zastosowania, aby zorganizować czas pracy nad ofertą tak, by umożliwić pracownikom analizę informacji uzyskanych od potencjalnych partnerów konsorcjum, z którymi Spółka planuje złożyć wspólną ofertę. W przyjętym sposobie opracowywania ofert powinien być uwzględniony czas na weryfikację danych z odpowiednim wyprzedzeniem przed wyznaczonym terminem składania oferty w postępowaniu. Wyznaczony na te czynności czas powinien realnie umożliwić dokonanie weryfikacji dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu. Zalecone zostało także monitorowanie sposobu

przygotowania oferty i wypełnienie obowiązków wynikających z wytycznych obowiązujących w STRABAG Sp. z o.o. Jednocześnie w celu monitorowania i nadzoru wykonania weryfikacji partnerów konsorcjum, Komisja zarekomendowała, aby podczas Komisji Cenowych każdorazowo sprawdzano, czy osoby odpowiedzialne za przygotowanie oferty zweryfikowały dokumenty i oświadczenia uzyskane od potencjalnych partnerów konsorcjum w zakresie przesłanek wykluczenia z danego postępowania.

Zalecenia komisji zostały przyjęte przez Zarząd STRABAG Sp. z o.o. do wykonania.

**Dowód:** Protokół (raport) Komisji Ad Hoc wraz z zatwierdzeniem Zarządu STRABAG Sp. z o.o. - zał. 3

Wszystkie wprowadzone regulacje i zalecenia zostały wprowadzone w życie. Wskazano w nich również osoby odpowiedzialne za ich wdrożenie i nadzór nad ich realizacją.

Wykonawca wskazuje także, że zgodnie z Poleceniem Zarządu Spółki na Naradzie Dyrektorów Dyrekcji UB6Q w dniu 06.10.2023 r. Dział Prawny omówił zmiany orzecznictwa z zakresu zamówień publicznych, w tym w szczególności w zakresie przesłanek wykluczenia oraz obowiązków związanych z koniecznością notyfikacji informacji w dokumentach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

**Dowód:** Potwierdzenie Zarządu STRABAG sp. z o.o. z dnia 28.11.2023r. - zał. 4

W dniu 08.11.2023 r. w STRABAG Sp. z o.o. zostało przeprowadzone Szkolenie z zakresu Prawa zamówień publicznych dla pracowników działów ofertowania Spółki. Tematyka szkolenia obejmowała m. in. przegląd aktualnego orzecznictwa, w tym dotyczącego przesłanek wykluczenia i obowiązków notyfikacji określonych informacji w dokumentach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

**Dowód:** Zaświadczenie o przeprowadzeniu szkolenia z dnia 23.11.2023r. - zał. 5

Załączniki:

1. Rozporządzenie Wewnętrzne STRABAG Sp. z o.o. z 28.08.2023r., znak: RW\_03\_2023\_6Q, rev. 1.
2. Polecenie Zarządu z 28.08.2023r.
3. Protokół (raport) Komisji Ad Hoc z 25.08.2023r. wraz z zatwierdzeniem Zarządu STRABAG Sp. z o.o.
4. Potwierdzenie Zarządu STRABAG sp. z o.o. z dnia 28.11.2023r.
5. Zaświadczenie o przeprowadzeniu szkolenia z dnia 23.11.2023r.

W odniesieniu do opisanego w niniejszym dokumencie zdarzenia STRABAG Sp. z o.o. przeprowadziła skutecznie procedurę self-cleaningu, zgodnie z wymogami przepisu art. 110 ust. 2 PZP. STRABAG Sp. z o.o. wszechstronnie i wyczerpująco wyjaśniła fakty i okoliczności związane ze zdarzeniem skutkiem, którego oferta Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG została odrzucona. W realiach postępowania nie doszło do powstania po stronie Zamawiającego szkody, albowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty innego wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu z postępowania. W odniesieniu do przesłanek



wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP Wykonawca podjął niezbędne środki organizacyjne i kadrowe odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu.

**ROZPORZĄDZENIE WEWNĘTRZNE****STRABAG**

Do: Dyrektorzy Dyrekcji

OD: UBL 6Q

Znak: RW\_03\_2023\_6Q

Dyrekcja/ Obszar: 6Q

Telefon: 022 71 44 800

Data: 28 / 08 / 2023

Dotyczy: Obowiązek wewnętrznej weryfikacji występowania przesłanek wykluczenia u partnerów konsorcjum, z którym spółka z obszaru UB6Q zamierza złożyć ofertę w ramach konsorcjum w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

**§ 1**

1. Niniejszym Rozporządzeniem Wewnętrznym na obszarze działania UB 6Q wprowadza się bezwzględny obowiązek uzyskania od potencjalnych partnerów konsorcjum (dalej zwanych: „partnerami”), z którymi spółka operacyjna UB 6Q zamierza złożyć ofertę w ramach konsorcjum, informacji w zakresie podlegania lub nie przesłankom wykluczenia z postępowania.
2. Wykonanie obowiązków z pkt 1) odnosi się zarówno do podmiotów zewnętrznych, jak również do wszystkich spółek Koncernu STRABAG SE i pozostaje niezależne od obowiązku każdorazowego pozyskania podmiotowych środków, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.
3. Weryfikacja oraz zebranie niezbędnych danych oraz dokumentów następuje przed terminem składania ofert.
4. Zabrania się składania ofert / wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bez uprzedniego uzyskania podmiotowych środków dowodowych i danych wskazanych w niniejszym Rozporządzeniu oraz ich jednoznacznego zweryfikowania.

**§ 2**

W przypadku zamiaru złożenia przez spółkę z obszaru UB 6Q oferty w ramach konsorcjum od potencjalnego partnera tego konsorcjum należy:

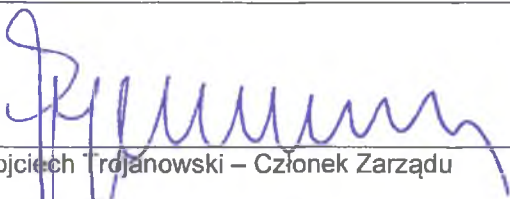
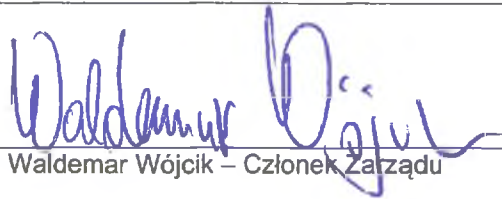
1. Uzyskać informacje, potwierdzone przez partnera odrębnym oświadczeniem, a w razie takiej konieczności również dokumentami, że wobec tego partnera nie zachodzi żadna z obligatoryjnych przesłanek wykluczenia przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych ani żadna z fakultatywnych przesłanek wykluczenia przewidzianych w danym postępowaniu.
2. Informacje w przedmiocie przesłanek wykluczenia w zakresie wskazanym w pkt 1 powyżej muszą odnosić się do okresu referencyjnego ostatnich 6 lat wstecz przed terminem złożenia ofert.
3. Pracownicy przygotowujący ofertę zobowiązani są zweryfikować przekazane informacje. W przypadku jakiegokolwiek niejasności, bądź wątpliwości, w odniesieniu do przedłożonych przez partnera informacji lub dokumentów, osoby odpowiedzialne za przygotowanie i założenie oferty zobowiązane są do konsultacji z prawnikiem obsługującym daną dyrekcję (CML).
4. W przypadku wstąpienia w okresie wskazanym w pkt. 2 którejkolwiek z przesłanek wykluczenia, o których mowa w pkt 1, wymaga się przedstawienia przez partnera szczegółowych wyjaśnień oraz w razie potrzeby dokumentów, które będą obejmowały niezbędne informacje, co najmniej w zakresie:
  - a) przesłanki wykluczenia,

- b) opisu okoliczności związanych z zaistniałą przestanką wykluczenia, a jeśli miało miejsce wykluczenie partnera z postępowania to także wskazanie podstawy prawnej wykluczenia i nazwy postępowania,
  - c) okresu, daty wystąpienia powyższych okoliczności,
  - d) nałożonych kar finansowych / grzywien lub podobnych sankcji w związku ze stwierdzeniem przestanki wykluczenia,
  - e) przeprowadzonej procedury self – cleaningu.
5. Po złożeniu wyjaśnień, o których mowa w pkt 4) powyżej, pracownik działu ofertowania zobowiązany jest skonsultować uzyskane informacje z prawnikiem obsługującym daną dyrekcję (CML) oraz zgłosić ten fakt przełożonemu.
  6. Złożenie oferty z partnerem w sytuacji, o której mowa w pkt 3) powyżej możliwe jest, gdy partner wykazał, że na dzień złożenia oferty nie zachodzą wobec niego żadne przestanki wykluczenia przewidziane w postępowaniu lub też, że partner ten przeprowadził w sposób zgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych procedurę self – cleaningu.
  7. W przypadku, gdy rekomendacja prawnika wskazuje, że wobec partnera zachodzi ryzyko wystąpienia przestanki wykluczenia, nie kontynuuje się dalszej współpracy z partnerem w ramach danego postępowania.
  8. Nie dopuszcza się składania wspólnych ofert w ramach konsorcjum z partnerem, który nie przedstawił wyjaśnień i w razie potrzeby dowodów, potwierdzających że nie zachodzą wobec niego przestanki wykluczenia.

### § 3

1. Obowiązki określone niniejszym Rozporządzeniem stanowią uzupełnienie wytycznych związanych z zawieraniem konsorcjum określonych w innych regulacjach dla spółek z obszaru UB 6Q.
2. Niniejsze Rozporządzenie Wewnętrzne wchodzi w życie z dniem 29.08.2023 roku. Za przekazanie Rozporządzenia podległym pracownikom oraz nadzór nad wdrożeniem i realizacją jego postanowień odpowiadają Dyrektorzy Dyrekcji.

Zarząd STRABAG Sp. z o.o.

	
Wojciech Trojanowski – Członek Zarządu	Waldemar Wójcik – Członek Zarządu

STRABAG Sp. z o.o.

**STRABAG**STRABAG Sp. z o.o.  
Parzniewska 10, 05-800 Pruszków/Polska

Pruszków, 28.08.2023r.

Do: Dyrektorzy Dyrekcji  
Szef Działu Prawnego

Obszar obowiązywania: UB 6Q

**Dotyczy: Polecenie udziału w szkoleniach z zakresu Prawa zamówień publicznych.****CEL:**

Zminimalizowanie ryzyka wykluczenia z postępowania.

W związku z sytuacją, jaka miała miejsce w postępowaniu pn. „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Zabierzowa w ciągu drogi krajowej nr 79”, w którym oferta STRABAG Sp. z o.o. złożona w konsorcjum ze Spółką STRABAG AG z siedzibą w Austrii została odrzucona, jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, konieczne stało się wzmożone monitorowanie zmian w zakresie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Zamówień Publicznych.

Przed złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu została dokonana analiza sposobu wypełnienia JEDZ przez Spółkę STRABAG AG, jednakże okazała się niewystarczająca, w szczególności wobec zmian poglądów prezentowanych w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych STRABAG Sp. z o.o. poniósł tego konsekwencje, jako podmiot występujący w konsorcjum i finalnie został pozbawiony możliwości realizacji zamówienia.

**POLECENIE:**

Niniejszym polecamy, aby każdy pracownik działu ofertowania minimum raz w roku, a w razie istotnych zmian częściej, uczestniczył w szkoleniu z Prawa zamówień publicznych obejmującym swoim zakresem bieżącą analizę zmian orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wyroków krajowych i europejskich sądów właściwych dla zamówień publicznych, w szczególności w zakresie wykładni przesłanek wykluczenia oraz obowiązków notyfikacji informacji w dokumencie JEDZ oraz oświadczeniach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wynikających z nich skutków dla STRABAG Sp. z o.o. Szkolenie będzie przygotowywane przez Biuro Kontrolingu Technicznego i CML.

Strona 1 z 2

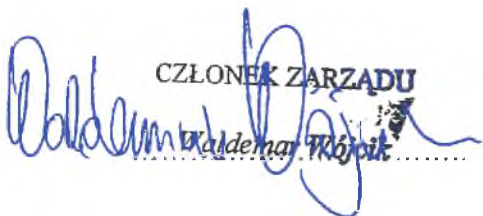
STRABAG Sp. z o.o.  
Parzniewska 10  
05-800 Pruszków/Polska  
www.strabag.plTel. +48 22 7144800  
Faks +48 22 7144900  
pl\_office.strabag@strabag.comING Bank Śląski S.A. DOR WOFH  
IBAN: PL24 1050 0086 1000 0022 7788 8117  
BIC/SWIFT: INGBPLPWXXX

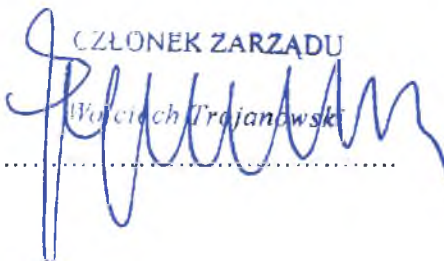
**INFORMACJE DODATKOWE:**

Podczas Narady Dyrektorów Dyrekcji UB6Q, co najmniej raz w roku, a w razie potrzeby częściej, do agendy spotkania wprowadzone będzie obowiązkowo także omówienie przez Dział Prawny (CML) zmian orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wyroków krajowych i europejskich sądów właściwych dla zamówień publicznych w zakresie wykładni przesłanek wykluczenia oraz obowiązków notyfikacji informacji w dokumencie JEDZ i oświadczeniach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe należy przekazać wszystkim podległym Państwu pracownikom, do czego zobowiązani są Dyrektorzy Dyrekcji.

Zarząd STRABAG Sp. z o.o.

  
CZŁONEK ZARZĄDU  
Waldemar Wójcik

  
CZŁONEK ZARZĄDU  
Wojciech Trojanowski

Pruszków, 25.08.2023r.

**PROTOKÓŁ**  
**Komisji Ad Hoc**

powołanej dla spółki STRABAG Sp. z o.o.

1. W dniach 24.08.2023r. oraz 25.08.2023r. odbyły się posiedzenia Komisji Ad Hoc (dalej: „Komisja”) w składzie:
- **Dyrekcja PA:** Monika Pianowska
  - **CML:** r. pr. Milena Witczak
  - **Przedstawiciel jednostki operacyjnej UB6Q:** dyr. Tomasz Matuszewski

powołanej na podstawie decyzji Zarządu STRABAG Sp. z o.o. z dnia 24.08.2023r. w związku z odrzuceniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Zabierzowa w ciągu drogi krajowej nr 79” oferty Konsorcjum, w skład którego wchodziła STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG z siedzibą w Spittal an der Drau (Austria), jako złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.11.2022r., sygn. akt: KIO 2960/22 oraz uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy i Zamówień Publicznych z dnia 30 marca 2023r., sygn. akt: XXIII Zs 5/23 oddalającym skargę Konsorcjum, tj. wystąpienia okoliczności, o których mowa w § 2 lit. h) i j) Rozporządzenia Wewnętrznego z dnia 16.02.2021 r., znak: RW\_03\_2021\_6Q (dalej: „Rozporządzenie”) - wprowadzenie w błąd Zamawiającego (dalej zwane: „Zdarzeniem”).

**2. Dane identyfikacyjne Zdarzenia:**

- **Nazwa inwestycji:** „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Zabierzowa w ciągu drogi krajowej nr 79”
- **Zamawiający:** Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jednostka prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie
- **Spółka koncernowa:** STRABAG Sp. z o.o.
- **Dyrekcja/Oddział:** PE / AB

**3. W oparciu o przekazany materiał oraz informacje zgromadzone w sprawie Zdarzenia, Komisja dokonała następujących czynności i ustaleń:**

- a) wyjaśniała fakty i okoliczności związane ze Zdarzeniem,  
- w szczególności zapoznała się z:
- (i) dokumentami z okresu postępowania o udzielenie zamówienia, tj. SWZ, ofertą oraz zebrała informacje na temat sposobu przygotowania oferty,
  - (ii) wyjaśnieniami, składanymi przez pracowników STRABAG Sp. z o.o. przygotowujących ofertę i koordynujących jej złożenie,
  - (iii) dokumentami z postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w szczególności z odwołaniem, pismem procesowym Konsorcjum i wyrokiem KIO,
  - (iv) dokumentami z postępowania przed Sądem Okręgowym w Warszawie, w szczególności skargą oraz wyrokiem Sądu wraz z jego uzasadnieniem,
- b) Komisja przeprowadziła rozmowy wyjaśniające z osobami zaangażowanymi w proces przygotowania oferty, tj.:

- (i) Pawłem Brandykiem – kierownikiem Działu Kalkulacji Dyrekcji PE
- (ii) Piotrem Rachowskim – pracownikiem Działu Kalkulacji Dyrekcji PE

Na podstawie analizy w/w dokumentów oraz uzyskanych wyjaśnień Komisja dokonała poniższych ustaleń faktycznych:

#### **Ustalenie faktów i okoliczności związanych ze Zdarzeniem.**

Zamawiający, Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad - jednostka prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Kontynuacja projektowania i budowa obwodnicy Zabierzowa w ciągu drogi krajowej nr 79.” Postępowanie było prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa PZP” lub „Pzp”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.06.2022 roku. Szacunkowa wartość zamówienia przekraczała progi unijne.

W postępowaniu STRABAG Sp. z o.o. złożyła ofertę w Konsorcjum ze spółką STRABAG AG z siedzibą w Spittal an der Drau (Austria). Z uwagi na wartość zamówienia w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą wstępnego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W dniu 16.09.2022r. wraz z ofertą STRABAG Sp. z o.o. złożył w postępowaniu oświadczenia w formie wypełnionego formularza JEDZ. Oświadczenie JEDZ złożyła również spółka STRABAG AG. Każdy z partnerów konsorcjum weryfikował podstawy wykluczenia z postępowania zgodnie z wymogami PZP.

Przed złożeniem oferty STRABAG Sp. z o.o. w osobie pracowników Działu Kalkulacji zasięgała informacji od partnera Konsorcjum - STRABAG AG w zakresie obligatoryjnych i fakultatywnych przesłanek wykluczenia ustalonych w postępowaniu. Z uzyskanych od STRABAG AG informacji wynikało, że spółka dokonała oceny, czy w stosunku do niej w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania Oferty zaistniały zdarzenia, o których mowa w art. 108 i 109 ustawy PZP. STRABAG AG analizował stwierdzone w Spółce STRABAG AG naruszenia, tj. zawierane w latach 2002 – 2017 porozumienia mające na celu ograniczenie konkurencji, oraz wydaną 21.10 2021 decyzję o nałożeniu grzywny w kontekście podstaw do przedstawienia takiej informacji w JEDZ przez STRABAG AG. Z dokonanej analizy przepisów regulujących podstawy wykluczenia oraz art. 111 ustawy PZP wskazującej na okresy przedawnienia notyfikacji informacji o naruszeniach, po zbadaniu dotychczasowych orzeczeń KIO oraz polskich sądów oraz poglądów doktryny uznano, że minął już 3 letni okres notyfikacji przez STRABAG AG informacji w JEDZ o porozumieniu kartelowym. W związku z dokonaną analizą informacja ta nie została umieszczona w JEDZ. Należy także wskazać, że Konsorcjum STRABAG przed złożeniem Oferty uzyskało również zewnętrzną opinię prawną, która potwierdzała przyjętą interpretację przepisów i brak obowiązku zawarcia takiej informacji w JEDZ, składanym przez STRABAG AG.

Składając w przedmiotowym postępowaniu JEDZ, STRABAG AG w odpowiedzi na pytanie w części III C dotyczące podstaw związanych z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi o treści:

- „czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji?” STRABAG AG zaznaczył odpowiedź „NIE” oraz na pytanie:
- „czy jest wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? W stosowanych przypadkach zob. definicje w prawie krajowym, stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia” również udzielił odpowiedzi przeczącej.

W dniu 27.10.2022r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG.

Decyzja Zamawiającego została zakwestionowana przez oferenta znajdującego się na drugim miejscu. Pismem dnia 07.11.2022r. Konsorcjum Polimex Infrastruktura Sp. z o.o., Polimex Mostostal SA, Polbud – Pomorze Sp. z o.o. i Mosty Łódź SA. (dalej: „Odwołujący”) wniosło odwołanie wobec czynności wyboru oferty STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy PZP w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP, a w konsekwencji również art. 16 tejże ustawy w ten sposób, że:

- 1) Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag, 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 art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp;
- 2) Zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Wykonawcy w sytuacji, w której podlega on wykluczeniu w związku z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych przez STRABAG AG z siedzibą w Spittal an der Drau, Republika Austrii („Strabag AG”), co podważa jego uczciwość, a to z uwagi na uznanie przez Austriacki Sąd Kartelowy („ASK”), a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji („AFCA”), że STRABAG AG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej („KartG”) oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było – zgodnie z informacją AFCA – ukaranie STRABAG AG karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje wszystkie znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp;
- 3) Zamawiający naruszył art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której podlega on wykluczeniu z postępowania w związku z zawarciem przez STRABAG AG z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, co Zamawiający mógł stwierdzić obecnie na podstawie wiarygodnych przesłanek, a to z uwagi na uznanie przez Austriacki Sąd Kartelowy, a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji, że STRABAG AG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było – zgodnie z informacją AFCA – ukaranie STRABAG AG karą w wysokości ponad 45 mln



euro, co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp;

- 4) Zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 108 ust. 1 pkt 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), iż STRABAG AG nie jest winny poważnego wykroczenia zawodowego oraz nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a zatem nie podlega wykluczeniu, mimo iż – jak to wskazano w powyższym zarzucie – Austriacki Sąd Kartelowy, a wcześniej Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji, uznały, że Strabag AG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej, czego skutkiem było ukaranie STRABAG AG karą w wysokości ponad 45 mln euro, co wyczerpuje znamiona podstawy wykluczenia opisanej w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, o czym Wykonawca powinien poinformować Zamawiającego 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;
- 5) Zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której STRABAG sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po swojej stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał umowy o zamówienia publiczne na budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych, zawartej ze Związkiem Międzygminnym „Bzura” w Łowiczu, co skutkowało wypowiedzeniem/ odstąpieniem od umowy/naliczeniem STRABAG sp. z o.o. odszkodowania (kary umownej), a co wyczerpuje wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp;
- 6) Zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy i odrzucenia jego oferty w sytuacji, w której STRABAG sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania w związku z zawinionym poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, polegającym na niewykonaniu umowy o zamówienie publicznego na budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych, a to z uwagi na bezpodstawne (z przyczyn, które – w ocenie Odwołującego – rzutowały na uczciwość i wiarygodność Wykonawcy) i nieskuteczne odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego ze Związkiem Międzygminnym „Bzura” w Łowiczu (zamawiającym), co też w dniu 10 grudnia 2021 roku zostało stwierdzone w prawomocnym wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi;
- 7) Zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 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 (wprowadził w błąd/zataił informacje) poprzez ukrycie, iż STRABAG sp. z o.o. z przyczyn leżących po swojej stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał umowy o zamówienie publiczne na budowę Regionalnego Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Piaskach Bankowych, zawartej ze Związkiem Międzygminnym „Bzura” w Łowiczu, co skutkowało wypowiedzeniem/ odstąpieniem od umowy/naliczeniem STRABAG sp. z o.o. odszkodowania (kary umownej), a co z uwagi na bezpodstawność i nieskuteczność odstąpienia przez STRABAG sp. z o.o. oraz motywację tego wykonawcy kwalifikuje się również jako zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych;

- 8) Zamawiający naruszył art. 16 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu, wykluczenia Konsorcjum STRABAG sp. z o.o. i STRABAG AG z postępowania, a w konsekwencji tego o odrzucenie oferty Konsorcjum.

W toku postępowania odwoławczego zostały cofnięte przez Odwołującego zarzuty wskazane w pkt 5, 6 i 7 powyżej, tj. dotyczące sposobu wypełniania JEDZ przez STRABAG Sp. z o.o. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej również zwana: „KIO”) umorzyła postępowanie w tym przedmiocie. Rozstrzygnięciu KIO podlegały pozostałe zarzuty odwołania odnoszące się do STRABAG AG.

W uzasadnieniu zarzutów rozpatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą, Odwołujący wskazał przede wszystkim, że:

- 1) STRABAG AG winny jest popełnienia poważnego wykroczenia zawodowego, a tym samym spełnia się wobec niego przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP, ponieważ Austriacki Federalny Urząd ds. Konkurencji (dalej: „AFCA”) w ramach dochodzenia w dniu 14 lipca 2021 r. złożył do austriackiego sądu kartelowego wniosek o nałożenie grzywny na dwie spółki z grupy STRABAG, a mianowicie STRABAG AG i F. Lang u. K. Menhofer Baugesellschaft mbH & Co. KG w wysokości 45,37 mln EUR. W ramach współpracy z AFCA i przy udziale prokuratora federalnego ds. kartelu STRABAG AG uznał naruszenie. Decyzją z dnia 21 października 2021 r. sąd kartelowy nałożył grzywnę zgodnie z żądaniem AFCA (27 Kt 12/21 r.). Stwierdzono, że STRABAG AG naruszył § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej („KartG”) oraz art. 101 TFUE w odniesieniu do przetargów publicznych i prywatnych w sektorze budownictwa kubaturowego i inżynierii lądowej w Austrii w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 roku. W odwołaniu wskazano również argumentacją prawną odnosząc się do charakteru naruszenia, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP oraz powołano orzecznictwo TSUE, wskazując że przykładem poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych jest m.in. nałożenie na przedsiębiorstwo grzywny z tytułu naruszenia ustawy o ochronie konkurencji.

Odwołujący podniósł również, że zarówno decyzja sądu kartelowego, jak i złożenie przez AFCA wniosku o ukaranie STRABAG AG, zostały podjęte przed około rokiem (lipiec, październik 2021

rok), co oznacza, że wykonawca ten nadal objęty jest 3-letnią karencją (podlega wykluczeniu z przetargów), o której mowa w art. 111 pkt 4 ustawy PZP.

- 2) Odwołujący wskazał również, że wobec STRABAG AG ziszczył się przesłanki obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z postępowania przewidzianej w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Kwestie zawierania porozumień z innymi przedsiębiorcami w szeregu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji na rynku budowanym, zostały przyznane przez Spółkę. Ponadto wynika to również z podstawy i kwalifikacji prawnej czynu przyjętej przez AFCA oraz sąd kartelowy. Zgodnie z § 1 ust. 1 KartG, a zatem przepisem, który stał się podstawą wydania wobec STRABAG AG wspomnianej decyzji: *Zabrania się wszelkich porozumień między przedsiębiorstwami, decyzji związków przedsiębiorstw oraz praktyk uzgodnionych, których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji (kartele).*

Odwołujący podkreślił także, że podobnie jak miało to miejsce w przypadku wystąpienia podstawy do wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5, także w tej sytuacji mamy do czynienia z 3-letnim okresem karencji (podleganiem wykluczeniu z przetargów). Wiarygodne przesłanki do stwierdzenia przez Zamawiającego, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, ujawniły się najwcześniej z decyzją AFCA o zawnioskowaniu do sądu kartelowego o nałożenie stosownej kary. Decyzja ta wskazywała bowiem (ujawniała), że także wobec STRABAG AG (obok innych podmiotów) istnieją uzasadnione podstawy do twierdzenia, że dopuścił się on czynów naruszających uczciwą konkurencję (zawarł porozumienie z innymi wykonawcami).

- 3) W ocenie Odwołującego, STRABAG AG pomimo powagi czynu, jego skali i wymiernych skutków (decyzja sądu kartelowego) w oświadczeniu JEDZ, które zawiera stosowne pytania dotyczące zawarcia porozumień oraz popełnienia poważnego wykroczenia zawodowego, nie poinformował Zamawiającego w JEDZ, iż w stosunku do niego miały miejsce sytuacje takie sytuacje, co było jego obowiązkiem. W ten sposób, zdaniem Odwołującego, zaniechał on wypełnienia swojego obowiązku notyfikacji powyższych zdarzeń Zamawiającemu, przez co wprowadził ten podmiot w błąd, a zaniechanie STRABAG AG miało wpływ na dalsze działanie Zamawiającego, który nie mając świadomości wystąpienia ww. okoliczności w stosunku do STRABAG AG dokonał wyboru oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, STRABAG AG Spółka zdawała sobie sprawę z ciężaru czynu, jakiego się dopuściła, oraz skutków tego (niebagatelnej kary w wysokości 45 mln euro). STRABAG AG nie podał (zataił) informacje o decyzji sądu kartelowego i postępowaniu, jakie się wobec niego toczyło, a tym samym spełnione zostały przesłanki uzasadniające wykluczenia wykonawcy STRABAG w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP.

Z przedstawionymi w odwołaniu zarzutami nie zgodziła się STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG. W postępowaniu odwoławczym złożyła przystąpienie po stronie Zamawiającego.

W złożonym piśmie procesowym, odnosząc się do argumentów wskazanych w odwołaniu, Konsorcjum wskazało, że:

- 1) STRABAG AG nie zataił w sposób celowy ani nawet w sposób noszący znamiona lekkomyślności informacji związanych z popełnionym przez STRABAG AG w okresie od lipca 2002 do października 2017r. czynem nieuczciwej konkurencji. Informacje udostępniane przez austriacki urząd ds. konkurencji są informacjami ogólnodostępnymi, o czym świadczył fakt uzyskania ich przez Odwołującego ze strony internetowej tego urzędu. Jak wynika z komunikatów prasowych, na których opierało się Odwołujący decyzja o nałożeniu kary odnosi się do naruszenia przez STRABAG AG § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFEU w okresie od lipca 2002 do października 2017r.,
- 2) została dokonana stosowna analiza przed złożeniem Oferty do Zamawiającego. Na podstawie dotychczasowych orzeczeń KIO, wyroków sądów krajowych oraz europejskich, a także opierają się na poglądach doktryny, STRABAG AG uznał, że po jego stronie nie istnieje już obowiązek notyfikacji w JEDZ naruszeń, które zakończyły się w 2017 roku.
- 3) Powyższe stanowisko wynikało z tego, że upłynął już 3 letni okres wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy PZP. STRABAG AG przyjął, że nie miał obowiązku informowania o wszystkich okolicznościach historycznych, co do których upłynął ustawowy termin wykluczenia. Artykuł 111 pkt 4 ustawy PZP wyznacza bowiem okres maksymalny, w jakim może mieć miejsce wykluczenie wykonawcy z powodu danego zdarzenia, a jego upływ powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia zaistniała. Zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 na okres trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis ten nie wprowadza regulacji analogicznej do np. art. 111 pkt 2 tiret pierwsze, gdzie wskazuje się okres liczony od dnia uprawomocnienia się odpowiednio wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, wydania ostatecznej decyzji lub zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, chyba że w wyroku lub decyzji został określony inny okres wykluczenia. Z powyższych regulacji wynikało, że w świetle zarówno art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, który odnosi się do "wiarygodnych przesłanek" jak i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, który odnosi się do "stosownych dowodów" nie istnieje wymóg, aby zdarzenie będące podstawą wykluczenia zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub decyzją. Powyższy pogląd potwierdzało również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 28.02.2022, KIO 296/22, wyrok KIO z 15.03.2022r. KIO 279/22), jak i orzeczenia TSUE np. w sprawie C-465/11 Forposta, C- 416/21 Landkreis Aichach-Friedberg.

W postępowaniu odwoławczym okolicznością bezsporną było naruszenie przez STRABAG AG w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 r. przepisów o ochronie konkurencji w zakresie § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 ust. 1 TFU oraz że w związku z tymi naruszeniami austriacki Sąd Antymonopolowy wydał decyzję o nałożeniu na STRABAG AG oraz F. Lang u. K. Menhofer Baugesellschaft mbH & Co KG grzywny w wysokości 45,37 milionów Euro. Decyzja ta została wydana w oparciu o wniosek austriackiego Federalnego Urzędu Ochrony Konkurencji. Samo postępowanie poprzedzające wydanie decyzji zainicjowały wskazane wyżej spółki, tj. STRABAG AG oraz F. Lang u. K. Menhofer Baugesellschaft mbH & Co KG. Spółki te złożyły 02.07.2019 r. wniosek o skorzystanie z programu łagodzenia kar na

podstawie § 11 b WettbG (austriackiej ustawy o konkurencji). Obie spółki współpracowały w pełni z austriackim Federalnym Urzędem Ochrony Konkurencji zgodnie z programem łagodzenia kar. Przekazywały Urzędowi wiele dokumentów, informacji i kluczowych dla sprawy dowodów. Uznały ustalony przez Urząd stan faktyczny za bezsporny i zaakceptowały zaproponowany wymiar kary grzywny.

Konsorcjum wskazując na regulacje obowiązujące w Austrii, podniosło że warunkiem skorzystania z programu łagodzenia kar było co najmniej zaniechanie naruszeń, podjęcie współpracy z organami oraz "niezmuszanie" innych przedsiębiorstw do popełniania naruszeń. Stalena faktyczne Decyzji Sądu Antymonopolowego potwierdzają fakt uprzedniej współpracy STRABAG AG z odpowiednimi organami w toku postępowania, co najmniej od 02.07.2019 r., w tym dostarczenie dowodów, przyznanie się do winy, zaprzestanie naruszeń i oraz podjęcie działań prewencyjnych, tak aby w przyszłości nie dochodziło do naruszeń.

Dlatego, w ocenie Konsorcjum, biorąc pod uwagę całokształt przedstawionych w postępowaniu dowód i okoliczności - 3 letni termin, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Pzp upłynął najpóźniej w dniu 02.07.2022r. (licząc najpóźniej od momentu złożenia przez STRABAG AG wniosku o objęcie programem łagodzenia kar, co miało miejsce 02.07.2019 roku.

Ponadto doktrynie unijnego prawa zamówień publicznych nie ma wątpliwości, że każda możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie jednej z fakultatywnych przesłanek wykluczenia musi uwzględniać proporcjonalność takiego działania, a w art. 109 ust. 3 wprost określono, że w sytuacji określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. W przedmiotowej sprawie zaś nie zaszyły podstawy do wykluczenia STRABAG Sp. z o.o. na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp również dlatego, że to, że istnieje ogólna zasada odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów nie odbiera prawa do oczekiwania, aby zamawiający, czy też instytucje kontrolne (KIO czy Sąd Okręgowy) przed podjęciem decyzji o tak znamienych skutkach jak wykluczenie wykonawcy, dogłębnie pochyliły się nad odpowiedzialnością indywidualną poszczególnych członków konsorcjum.

W wyroku z dnia 28.11.2022r., sygn. akt: 2960/22 Krajowa Izba Odwoławcza:

- umorzyła postępowanie w części dotyczącej cofniętych przez Odwołującego zarzutów,
- uwzględniła odwołanie w pozostałej części i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum STRABAG sp. z o.o., STRABAG AG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP, tj. przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy PZP.

Izba stwierdziła w orzeczeniu, że naruszenie przepisów ustawy PZP miało wpływ na wynik postępowania, a Zamawiający błędnie wybrał ofertę Konsorcjum STRABAG jako najkorzystniejszą, która powinna podlegać odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania z uwagi na wprowadzenie w błąd Zamawiającego, popełnienie poważnego wykroczenia zawodowego oraz zawarcie porozumienia z innymi wykonawcami mającego na celu zakłócenie konkurencji.

KIO odnosząc się do poszczególnych zarzutów podnoszonych w odwołaniu wskazała w pierwszej kolejności, że w postępowaniu STRABAG oświadczył, że nie kwestionuje, iż naruszenie reguł konkurencji może być traktowane jako naruszenie obowiązków zawodowych. Konsorcjum potwierdziło także, że okolicznością bezsporną w realiach tej sprawy jest fakt naruszenia przez STRABAG AG w okresie od lipca 2002 r. do października 2017 r. przepisów o ochronie konkurencji w zakresie § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 ust. 1 TFUE.

Wykonawca STRABAG AG w dokumencie JEDZ, w odpowiedzi na pytanie, czy zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz czy jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udzielił przeczącej odpowiedzi "Nie."

Opierając się na stanie faktycznym przedstawionym przez Odwołującego oraz Konsorcjum, w szczególności uwzględniając w swojej ocenie: a) wniosek o wszczęcie postępowania zgodnie z § 11 b Ustawy o konkurencji złożonego przez STRABAG AG F. Lang u. K. Menhofer Baugesellschaft m.b.H. & Co. KG przez Federalny Urząd do Spraw Konkurencji Republiki Austrii w Wiedniu, b) współpracę STRABAG AG z organami zgodnie z pkt. 35 Podręcznika ds. łagodzenia kary, c) złożenie w dniu 14 lipca 2021 r. do Sądu Antymonopolowego Wyższy Sąd Krajowy w Wiedniu wniosku o nałożenie grzywny na spółkę STRABAG AG, d) uznanie przez STRABAG AG zarzucanych naruszeń, e) nałożenie w dniu 21 października 2021 r. przez Sąd Antymonopolowy Wyższy Sąd Krajowy w Wiedniu grzywny oraz potwierdzenie w decyzji Sądu zaistnienie zmów cenowych, KIO uznała w wyroku, że:

- 1) Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, przesłanką wykluczenia jest wykazanie zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych za pomocą stosownych środków dowodowych. Zatem ciężar udowodnienia zawinionego i poważnego naruszenia spoczywa na zamawiającym. Zamawiający może ten fakt wykazywać za pomocą wiarygodnych środków dowodowych, w szczególności dokumentów urzędowych lub prywatnych.

STRABAG AG brał udział w postępowaniach przetargowych w latach 2019-2021. Jak wynika z dokumentów JEDZ składanych przez ww. Spółkę w postępowaniach przetargowych w latach 2019-2021, które przedłożył Odwołujący, nie informowała ona zamawiających o okolicznościach związanych z trwającym postępowaniem przed Federalnym Urzędem do Spraw Konkurencji, a następnie przed Sądem Antymonopolowym w Wiedniu w sprawie dopuszczenia się przez Spółkę bezprawnych czynów na polu konkurencji. W związku z tym nie sposób w niniejszej sprawie przyjąć, że skoro wykonawca, biorąc udział w przetargach publicznych w czasie, gdy toczyło się postępowanie wyjaśniające przed Federalnym Urzędem do Spraw Konkurencji Republiki Austrii w sprawie popełnionych przez niego czynów naruszających konkurencję, nie przekazywał stosownych informacji zamawiającym o toczącym się postępowaniu, co wynika z przykładowych dokumentów JEDZ składanych w postępowaniach z tego okresu, w których STRABAG AG brała udział, to zamawiający mieli jakiegokolwiek możliwości powzięcia wiedzy w tej sprawie, a tym bardziej możliwości wykazania tego naruszenia, przed wydaniem decyzji przez Sąd, która podlegała upublicznieniu.

Zamawiający był dopiero w stanie wykazać, że STRABAG AG działał w ramach kartelu, za co została mu nałożona stosowna kara po nałożeniu grzywny, a to z kolei potwierdza, że jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, co istotnie podważa jej uczciwość i wiarygodność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w związku z tym

wykonawca STRABAG AG podlega wykluczeniu z postępowania. W konsekwencji KIO uznało, że Konsorcjum STRABAG podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez Konsorcjum podlega odrzuceniu.

- 2) Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

KIO uznała, że w danym stanie faktycznym, wiarygodną przesłanką do stwierdzenia, że STRABAG AG zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, jest informacja o stwierdzeniu takich naruszeń przez Sąd Antymonopolowy w decyzji z dnia 21 października 2022 r. Wobec powyższego wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. W konsekwencji Konsorcjum STRABAG podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez Konsorcjum z udziałem STRABAG g AG podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do twierdzeń podniesionych przez Konsorcjum, iż moment zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia zarówno na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 jak i art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowią naruszenia przez STRABAG AG § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 TFEU w okresie od lipca 2002 do października 2017r. KIO uznała, że zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 na okres trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis ten ogranicza zatem możliwość wykluczenia wykonawców ze względu na upływ czasu - wyznacza maksymalny okres, w jakim może nastąpić wykluczenie wykonawcy z powodu danego zdarzenia, a upływ tego okresu powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia wystąpiła.

Przepis powyższy wskazuje na moment, w którym okres wykluczenia rozpoczyna swój bieg - którym jest zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W ocenie Izby, interpretacja pojęcia "zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia" powinna być dokonywana w kontekście konkretnych okoliczności danej sprawy. W świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak i art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp nie istnieje wymóg, aby zdarzenie będące podstawą wykluczenia zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub decyzją. Należy jednak założyć, że w praktyce to właśnie wydanie takiej decyzji przez uprawniony organ lub wyroku przez sąd stanowi dla zamawiającego dostępny wiarygodny i obiektywny dowód na zaistnienie poważnego wykroczenia zawodowego lub wiarygodną przesłankę do stwierdzenia, że wykonawca zawarł porozumienie z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji. W ocenie Izby, w przypadku, gdy określony wyrok lub decyzja zapadły w danej sprawie o naruszenie konkurencji, to stanowi to niepodważalną podstawę do stwierdzenia przez Zamawiającego, że wystąpiło zdarzenie stanowiące podstawę do wykluczenia

wykonawcy. Zdarzeniem w takim przypadku w rozumieniu art. 111 ust. 4 Pzp jest stwierdzenie naruszeń przez stosowny organ lub sąd.

Zdaniem KIO, przedstawione w wyroku stanowisko nie pozostawało także sprzeczne z przedłożoną przez Konsorcjum Opinią prawną, która wskazuje jednoznacznie na brak ugruntowanego stanowiska w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE w powyższym zakresie, a w konsekwencji wskazuje na możliwe różne warianty interpretacji art. 111 ust. 4 Pzp.

Skład orzekający podniósł także, że nie sposób jest przyjąć, że to właśnie od momentu dobrowolnego przystąpienia do programu łagodzenia kar przez STRABAG AG należy liczyć trzyletni okres, w którym wykonawca mógł podlegać wykluczeniu. Podkreślić należy, że informacje o toczącej się sprawie nie były publicznie dostępne, a sam wykonawca, startując w przetargach, również nie informował zamawiających o tych okolicznościach. Nie można zatem przyjąć, że w czasie toczącego się postępowania przed Federalnym Urzędem do Spraw Konkurencji "konsumuje się" okres, w którym wykonawca powinien podlegać wykluczeniu. Brak dostępu do informacji o toczącym się postępowaniu i zaniechanie przez wykonawcę rzetelnego przekazania takiej informacji zamawiającym, uniemożliwia bowiem realne zastosowanie sankcji wykluczenia.

- 3) Analizując przepis art. 109 ust. 3 Pzp, wskazujący, że w sytuacji określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, KIO wskazała, że oczywistym jest że odpowiedzialność członków konsorcjum w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest solidarna.

Skoro zatem jeden z członków konsorcjum podlega wykluczeniu, to w konsekwencji Konsorcjum podlega wykluczeniu, a oferta złożona przez Konsorcjum musi podlegać odrzuceniu. Zgodnie z zasadą proporcjonalności, sankcja wykluczenia nałożona z mocy art. 111 ust. 4 Pzp na okres trzech lat od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia w przypadku Konsorcjum STRABAG powinna dotyczyć wyłącznie STRABAG AG, tj. tego członka konsorcjum, którego dotyczy konkretna i bezpośrednia podstawa wykluczenia.

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



Mając na uwadze stan faktyczny ustalony w niniejszej sprawie, w ocenie Izby, należało uznać, że w przedmiotowym postępowaniu STRABAG AG był zobowiązany notyfikować okoliczności związane ze stwierdzonymi przez Sąd Antymonopolowy w Wiedniu naruszeniami w dokumencie JEDZ złożonym w ofercie. Wykonawca STRABAG AG, pomimo znacznej skali i powagi czynu, którego się dopuścił, nie poinformował Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o powyższych okolicznościach. W przypadku zaznaczenia "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 ww. pytanie JEDZ.

KIO argumentowała również, że STRABAG AG nie informując Zamawiającego o ważnych okolicznościach dotyczących stwierdzonych naruszeń prawa, uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie i ocenę danych okoliczności w świetle przesłanek do wykluczenia wykonawcy. STRABAG AG nie wypełnił swojego obowiązku, przez co wprowadził Zamawiającego w błąd, czego wyrazem w niniejszej sprawie była decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dlatego też Izba uznała, że oświadczenie złożone przez Strabag AG w JEDZ było obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością, gdyż po stronie STRABAG AG doszło do naruszenia obowiązków zawodowych oraz stwierdzono zawarcie stosownego porozumienia naruszającego konkurencję, co wynika wprost z decyzji Sądu Antymonopolowego z dnia 21 października 2021r.

W ten sposób STRABAG AG wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, poprzez zatajenie stosownych informacji.

Okoliczności tej sprawy wskazują, że nastąpiło to co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa, co konsumuje łagodniejsze formy podmiotowe działania wykonawcy, które wskazane zostały w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, tj. niedbalstwo oraz lekkomyślność.

W tej sytuacji KIO uznała, że wobec wykonawcy wystąpiła podstawa wykluczenia opisana w treści art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, a także - w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

- 5) W konsekwencji stwierdzenia zasadności zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia, potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum STRABAG, czego konsekwencją był wybór tej oferty jako najkorzystniejszej. Oferta Konsorcjum STRABAG powinna zostać odrzucona, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp. W związku z potwierdzeniem powyższych zarzutów KIO uznała za zasadny także zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania.

Konsorcjum STRABAG kwestionując orzeczenie KIO w uwzględnionej części, w dniu 04.01.2023r. wniosło skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie, zarzucając wyrokowi KIO przede wszystkim:

- 1) naruszenie prawa materialnego, tj.:

- a) 111 pkt 4 PZP w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego

błędą wykładnię wyrażającą się w uznaniu, że zdarzeniem od którego należy liczyć 3 letni okres wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest możliwość stwierdzenia przez Zamawiającego przesłanek wykluczenia, a w konsekwencji błędne zastosowanie tego przepisu, podczas, gdy w stanie faktycznym sprawy upłynął okres wykluczenia STRABAG AG z postępowania na skutek zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia wskazanego w art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP,

- b) art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz pkt 10 PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, że konsorcjum podlega wykluczenia z postępowania w związku z wprowadzeniem w błąd Zamawiającego,
- c) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP poprzez niewłaściwe zastosowanie wyrażające się w przyjęciu, że oferta złożona przez Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG podlega odrzuceniu, jako że została złożona przez "wykonawcę", który podlega wykluczeniu w związku z naruszeniem przepisów art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP, pomimo, że w odniesieniu do podstawy wykluczenia STRABAG AG upłynął 3 letni okres wskazany w art. 111 pkt 4 PZP,

2) naruszenie przepisów postępowania m. in.:

- a) art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 PZP w zw. z art. 111 pkt 4 PZP, w zw. art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP poprzez wydanie wyroku uwzględniającego odwołanie i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Skarżącego Konsorcjum, pomimo upływu okresu wykluczenia STRABAG AG, o którym mowa w art. 111 pkt 4 PZP;
- b) art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, w zw. z art. 120 PZP i w zw. z art. 445 ust. 1 PZP, poprzez uwzględnienie odwołania także w stosunku do Lidera Konsorcjum, tj. STRABAG Sp. z o.o., mimo cofnięcia wszystkich zarzutów odwołania w stosunku do Lidera Konsorcjum i umorzenia postępowania przez Izbę w zakresie tych wszystkich zarzutów (pkt 1. przedmiotowego wyroku KIO 2960/22) i poprzez jednoczesne przypisanie Liderowi Konsorcjum odpowiedzialności solidarnej w zakresie zarzutów podtrzymanych wyłącznie wobec STRABAG AG;
- c) art. 554 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. art. 559 ust. 2 PZP poprzez uwzględnienie odwołania i uznania obu członków konsorcjum jako jednego "wykonawcę", który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 PZP, co stanowi sprzeczność sentencji wyroku (pkt 2.) z jego uzasadnieniem, w którym KIO wskazała na sankcję wykluczenia z art. 111 pkt 4 jedynie w stosunku do STRABAG AG.

Konsorcjum wniosło o zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zaskarżonej części i oddalenie odwołania w części, tj. w zakresie zarzutu naruszenia przez Skarżącego przepisów art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy PZP.

W złożonej skardze, Konsorcjum nie kwestionowało okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem przez STRABAG AG w okresie od lipca 2002r. do października 2017r. przepisów o ochronie konkurencji w zakresie § 1 ust. 1 austriackiej ustawy kartelowej oraz art. 101 ust. 1 TFUE.

Uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzuty opierały się na tej samej podstawie faktycznej dotyczącej naruszeń związanych z zakłóceniem konkurencji.

Konsorcjum stało na stanowisku, że wyrażona przez Izbę wykładnia przepisu art. 111 pkt 4 PZP opiera się na założeniu, że okres wykluczenia z postępowania winien być liczony od momentu, w którym zamawiający miał możliwość stwierdzenia naruszeń. Przez to KIO uznała, że podstawą wykluczenia winno być nie samo zdarzenie (w stanie faktycznym sprawy naruszenie zasad konkurencji), a stwierdzenie naruszeń przez stosowny organ lub sąd. Zdaniem Konsorcjum, wykładnia dokonana przez Izbę doprowadziła do wniosków sprzecznych w literalnym brzmieniu przepisu art. 111 pkt 4 PZP. Przepis ten wyraźnie odwołuje się do „zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”.

Wskazując na wykładnię językową, jak także na brzmienie przepisów krajowych i dyrektywy unijnej, Konsorcjum stwierdziło w złożonej skardze, że przepis art. 111 pkt 4 PZP, którego naruszenie zarzuca skarżący odnosi się do kilku podstaw wykluczania, tj. art. 108 ust. 1 pkt 5 i 6, art. 109 ust. 1 pkt 4-7 oraz pkt 9 PZP. We wszystkich przypadkach wymienionych w komentowanych regulacjach Ustawodawca wyraźnie wskazał na datę zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, bez różnicowania poszczególnych podstaw, tak jak to uczynił np. w odniesieniu do naruszenia obowiązków w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego czy prawa pracy, gdzie jako podstawę wykluczenia wskazał decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków. Dlatego nieuprawnione jest, stosując przepis art. 111 pkt 4 PZP w odniesieniu do jego ze zdarzeń/przypadków tam wskazanych, przyjmować jako podstawę wykluczenia wyrok czy decyzję organu, a w odniesieniu do innych przypadków przyjmować jako podstawę zaistnienie zdarzenia. Takie rozróżnienie nie występuje w omawianym przepisie, a biorąc pod uwagę charakter regulacji dotyczących wykluczenia wykonawców z postępowania, niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca.

Konsorcjum wskazało także, że w doktrynie prezentowane jest stanowisko, iż *„Wykluczenie wykonawcy z postępowania za zaniechanie lub czynność, która została w przepisach art. 108 i 109 PZP uznana za negatywną i świadczącą o utracie rzetelności przez wykonawcę, nie może mieć miejsca bezterminowo od wystąpienia danego zdarzenia. Tego typu sankcja byłaby nieproporcjonalna i niedająca możliwości uwzględnienia zmiany, jaka zaszła w prowadzeniu działalności przez wykonawcę. Stąd niezbędne jest określenie ustawowo terminu, w jakim wykonawca podlega wykluczeniu (...). Okres, w jakim nastąpi wykluczenie, został ustalony różnie dla różnych przestępstw wykluczenia. Stwierdzając zajście okoliczności wypełniających przesłanki, zamawiający musi określić czas, w jakim dane zdarzenie wystąpiło, oraz ustalić, czy upłynął okres wskazany w przepisach. Jeżeli okres ten upłynął, wykluczenie nie może nastąpić”* (por. M. Stachowiak (w W. Dzierżanowski i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. WKP 2021; J. Jarnicka (vide M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. C.H. Beck, 2021 r.), wskazując: *„w art. 111 PZP (...) przewidziano pewnego rodzaju „zatarcie skazania” stosowane do oceny przesłanek wykluczenia. (...) Po upływie okresów, o których mowa w art. 111 PZP wykluczenie wykonawcy z powodu skazania nie będzie możliwe. Dotyczy to nie tylko przestępstw karnych, ale również innych zdarzeń, które zgodnie z art. 108 lub 109 PZP stanowią podstawy wykluczenia”*.

Konsorcjum podniosło także w skardze, że zarówno w świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, który odnosi się do „wiarygodnych przesłanek”, jak i art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, który odnosi się do „stosownych dowodów” nie istnieje wymóg, aby zdarzenie będące podstawą wykluczenia zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub decyzją. Stanowisko to potwierdziła Izba w uzasadnieniu skarżonego wyroku.

Powyższe stanowisko Konsorcjum potwierdzają także inne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z 28.02.2022(KIO 296/22) wskazano, że „z przepisu art. 111 pkt 4 PZP wynika, że termin, w jakim zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który dopuścił się zmowy przetargowej, biegnie od zdarzenia, a nie od prawomocnej decyzji uprawnionego organu, który stwierdził zaistnienie tej zmowy. Przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP daje zamawiającemu podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy (lub wykonawców), gdy zamawiający stwierdzi na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawcy dopuścili się zmowy przetargowej”

Podobnie w wyroku z 15.03.2022r. (KIO 279/22) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „kwestię przedawnienia zgłoszenia czynu noszącego znamiona zmowy przetargowej należy rozpatrywać w związku takich przepisów ustawy PZP jak: art. 513, w związku z art. art. 515 ust. 3 i w związku z art. 111 pkt 4 ustawy PZP, a to oznacza nie później niż 3 lata od zaistnienia zmowy przetargowej”.

Również w wyroku z 06.09.2021r. (sygn. akt KIO 2254/21, KIO 2255/2, KIO 2258/21) Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „ustawodawca nie uzależnił ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP od uprzedniego wydania w stosunku do takiego wykonawcy prawomocnego orzeczenia sądowego lub też prawomocnej decyzji stwierdzającej istnienie "zmowy przetargowej". Przeciwnie - ustawodawca w ustawie Prawo zamówień publicznych przewidział niezależną przesłankę wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy to właśnie zamawiający (a nie inny organ) stwierdzi istnienie wiarygodnych przesłanek, które uzasadniają przyjęcie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia”.

Podglądy wyrażane w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej potwierdziło również orzecznictwo sądowe. Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z 15.06.2022r. (sygn. akt XXIII Zs 60/22) wskazał: „art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p. nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach.”. Tutejszy Sąd Okręgowy podkreślił przy tym, że „art. 111 ustawy p.z.p. wyznacza granice czasowe istotności/ważności ujawnionych okoliczności stanowiących podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, co stanowi jedną z gwarancji realizacji zasad proporcjonalności i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zob. wyrok KIO z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt KIO 566/22). W przypadku ujawnienia przesłanki z art. 108 ust. 1 pkt 5 p.z.p., po upływie trzyletniego okresu wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy p.z.p., rzetelność wykonawcy nie może być podważana z powodu zawarcia z innym wykonawcą porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.”

Konsorcjum podniosło także, że Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła w swoich rozważaniach faktu, że STRABAG AG co najmniej od momentu złożenia wniosku (02.07.2019r.) o wszczęcie postępowania kartelowego skorzystała z programu łagodzenia kar na podstawie § 11 b WettbG (austriackiej ustawy o konkurencji). Podstawą prawną programu łagodzenia kar są przepisy § 11b austriackiej ustawy o konkurencji. Zgodnie z § 11b ust. (1) tego przepisu Federalny Urząd Ochrony Konkurencji może odstąpić od żądania nałożenia grzywny na przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw, które:

- a) zakończyły swój udział w naruszeniu przepisów, (...),
- b) następnie współpracowały z Federalnym Urzędem Ochrony Konkurencji zgodnie z prawdą, niezwłocznie i bez ograniczeń w celu pełnego wyjaśnienia wszystkich

aspektów sprawy, jak również przedłożyły wszystkie dowody dotyczące podejrzenia naruszenia, które znajdują się w ich posiadaniu lub którymi dysponują, oraz – przynajmniej do momentu poinformowania przez Federalny Urząd Ochrony Konkurencji przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw uczestniczących w naruszeniu o wynikach postępowania wyjaśniającego zgodnie z § 13 ust. 2 – nie ujawniały faktu ani treści wniosku o wszczęcie postępowania zgodnie z niniejszym przepisem, chyba że Federalny Urząd Ochrony Konkurencji postanowi inaczej,

- c) jako pierwsze przekazały Federalnemu Urzędowi Ochrony Konkurencji informacje i dowody, które umożliwiają mu niezwłoczne złożenie uzasadnionego wniosku zgodnie z § 12 ust. 1 dotyczącego podejrzenia naruszenia § 1 ustawy o kartelach z 2005 roku lub art. 101 (1) TFUE, lub
  - jako pierwsze przekazały Federalnemu Urzędowi Ochrony Konkurencji wszelkie dodatkowe informacje i dowody, które – jeżeli uzyskały już z innych źródeł wystarczające informacje i dowody do złożenia wniosku o nakaz przeszukania pomieszczeń – umożliwiają natychmiastowe złożenie uzasadnionego wniosku zgodnie z § 36 ust. 1a ustawy o kartelu z 2005 roku do Sądu Kartelowego,
- d) nie zmuszały żadnych innych przedsiębiorstw lub związków przedsiębiorstw do udziału w naruszeniu.

Konsorcjum zakwestionowało również uznanie przez KIO naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP. W realiach sprawy STRABAG AG podjęła decyzję o nieprzekazywaniu informacji o zмовach przetargowych, które miały miejsce w okresie od lipca 2002r. do października 2017r. w oparciu o analizę przepisu art. 111 pkt 4 PZP. Dokonana przez Spółkę wykładnia tego przepisu, pozwalała na przyjęcie, że w odniesieniu do przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 czy art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP upłynął już ustawowy 3 letni okres wykluczenia. Również Izba w skarżonym wyroku wskazała, że „*przepis art. 111 pkt 4 PZP ogranicza możliwość wykluczenia wykonawców ze względu na upływ czasu – wyznacza maksymalny okres, w jakim może nastąpić wykluczenie wykonawcy z powodu danego zdarzenia, a upływ tego okresu powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia nastąpiła*”.

Co należały także zaznaczyć, STRABAG AG analizując przepis art. 111 pkt 4 PZP opierał się na aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, Sądu Okręgowego oraz poglądach doktryny, które potwierdzają wykładnię przyjętą przez spółkę. Zdaniem Konsorcjum w stanie faktycznym sprawy nie mogło być w związku z tym mowy o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, tj. przekazaniu informacji nieprawdziwych, skoro spór dotyczył wykładni prawa i sposobu liczenia terminu, co zostało zaprezentowane przez Izbę w zaskarżonym wyroku w sposób odmienny od dotychczasowych jej poglądów.

W złożonej skardze Konsorcjum podniosło również, że uwzględnienie odwołania także w stosunku do Lidera Konsorcjum, tj. STRABAG Sp. z o.o., mimo cofnięcia wszystkich zarzutów odwołania w stosunku do Lidera Konsorcjum i poprzez przypisanie Liderowi Konsorcjum – STABAG Sp. z o.o. odpowiedzialności, podczas gdy KIO w swoim wyroku wskazała na sankcję wykluczenia z art. 111 pkt 4 jedynie w stosunku do STRABAG AG. Ponadto ustawa PZP, która w przepisie art. 109 ust. 3 wprost wskazuje, że w sytuacji określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Zamawiający pismem z dnia 09.01.2023r. odrzucił Ofertę Konsorcjum.

Wyrokiem z dnia 30 marca 2023r., sygn. akt: XXIII Zs 5/23 Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy i Zamówień Publicznych oddalił skargę Konsorcjum.

W ocenie Sądu Okręgowego skarga nie zasługiwała na uwzględnienie, mając na względzie poniższe okoliczności:

- 1) Sąd Okręgowy w całości podzielił ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołania, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby.
- 2) Zdaniem Sądu, Ustawodawca konsekwentnie, gdyż miało to miejsce także w ustawie Pzp z 2004 r. pozostawił uregulowanie „zdarzenia będącego podstawą wykluczenia”. Niemniej jednak, poprzedni przepis a dokładniej art. 24 ust. 7 pkt 3) odnosił się literalnie do „dnia zaistnienia” zdarzenia. Aktualne przepisy wskazują zaś ogólnie o „zaistnieniu” zdarzenie. Zgodnie zaś ze słownikiem języka polskiego PWN „zaistnieć” oznacza „stać się znanym lub mieć, zacząć mieć znaczenie”. Zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 oraz 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9 na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. W ocenie Sądu, taki zabieg Ustawodawcy należy uznać za celowy.
- 3) Sąd Okręgowy podziеляjąc stanowisko Konsorcjum, że do wykluczenia wykonawcy przy zaistnieniu wskazanych powyżej przesłanek nie jest konieczne wydanie wyroku czy też decyzji, wyjaśnił że art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp nie wymaga od zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach.
- 4) W uzasadnieniu wyroku wskazano także, że Ustawodawca pozostawił dość ogólne pojęcie „zdarzenie będące podstawą wykluczenia”, które może być rozmaicie interpretowane. Przedłożona przez Konsorcjum opinia prawna, w ocenie Sądu Okręgowego pozwala jednak przyjąć interpretację, że należy każdorazowo uwzględniać różnorodność stanów faktycznych. Dlatego Izba a kolejno Sąd Okręgowy obowiązany jest do oceny konkretnych okoliczności i dostosowania do nich odpowiedniej sankcji, w przedmiotowym przypadku sankcji wykluczenia.
- 5) Zdaniem Sądu Okręgowego, zgromadzony w tej konkretnej sprawie materiał dowodowy wskazujący na zaistnienie jednoznacznych okoliczności w przedmiotowej sprawie w ocenie Sądu Okręgowego pozwala uznać za przyjęcie 3 letniego okresu wykluczenia od daty wydania decyzji przez Austriacki Sąd Antymonopolowy/kartelowy (ASK) tj. 22 października 2022 r. nie zaś jakby chciało Konsorcjum od chwili uczestnictwa w kartelu, czy też jak z ostrożności wskazał to skarżący od października 2017 roku.
- 6) Sąd Okręgowy podkreślał także, że STRABAG AG zarówno w tym jak i we wcześniejszych postępowaniach nie przekazywał zamawiającym informacji o toczącym się wobec niego postępowaniu przed austriackim sądem antymonopolowym. W sposób niewątpliwy i niepodważalny wskazują na to dokumenty JEDZ złożone w niniejszym postępowaniu jak i przedłożone przez Konsorcjum Polimex w postępowaniu odwoławczym.

- 7) Uwzględniając złożone w JEDZ oświadczenia, w których STRABAG AG oświadczał, że nie zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mającego na celu zakłócenie konkurencji, w ocenie Sądu Okręgowego dopiero wydana decyzja przez ASK potwierdziła winę tego wykonawcy. Zatem zdarzeniem będącym podstawą wykluczenia mamy do czynienia dopiero w przypadku spełnienia wszystkich przesłanek konkretnej podstawy wykluczenia.
- 8) W ocenie Sądu Okręgowego, STRABAG AG miał zatem obowiązek w dokumencie JEDZ odpowiedzieć „tak” na wskazywane powyżej pytania, czego jednak nie uczynił. W ten sposób samodzielnie dokonał oceny uwzględniającej własną indywidualną wykładnię przepisów dotyczących podleganiu przez niego bądź nie podstawom wykluczenia a zatem stał się niejako „sędzią we własnej sprawie.” W ocenie Sądu Okręgowego, STRABAG AG powinien poinformować zamawiającego o toczącym się w stosunku co do niego postępowaniu. Tym bardziej w sytuacji, w której było wiadomo, że STRABAG AG zawarł z innymi wykonawcami tzw. zmwę przetargową, czym winien był poważnego wykroczenia zawodowego. Zaniechanie w tym zakresie uniemożliwiło zamawiającemu zbadanie i ocenę okoliczności w świetle przesłanek do wykluczenia. Już samo to, w ocenie Sądu Okręgowego, tj. wprowadzenie w błąd w tym dokumencie zamawiającego jest samodzielną/samoistną podstawą do wykluczenia wykonawcy.
- 9) Sąd Okręgowy ponadto nie zgodził się ze skarżącym, że literalne brzmienie przepisu art. 111 pkt 4 Pzp jest tak oczywiste, że nie ma podstaw do sięgnięcia do wykładni celowościowej. Przeciwnie, w ocenie Sądu Okręgowego, określenie zdarzenia będącego podstawą do wykluczenia jest w ocenie Sądu tak ogólne, że pod tym pojęciem mogą mieścić się różne stany faktyczne. Sięgnięcie zaś do wykładni celowościowej, w ocenie Sądu Okręgowego, w tej konkretnej sprawie przemawia za przyjęciem za „zdarzenie będące podstawą do wykluczenia” wydanie decyzji potwierdzającej zmwę przetargową. Tylko na tej podstawie, co zostało już wskazywane wielokrotnie zamawiający jest w stanie w sposób nie budzący wątpliwości zbadać i wykazać podstawę wykluczenia odnoszącą się do zawarcia tzw. zmwę przetargowej.
- 10) W uzasadnieniu wyroku Sądu wskazano również, że brak jest podstawy prawnej zgodnie z którą stosowanie obligatoryjnej podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp uniemożliwiłoby jednoczesne wykluczenie w oparciu o podstawę fakultatywną art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp. Natomiast działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. W ocenie Sądu, oświadczenie złożone przez STRABAG AG w JEDZ jest obiektywnie sprzeczne z rzeczywistością. Tym samym, STRABAG AG dopuścił się rażącego niedbalstwa w postaci winy co najmniej nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności. W konsekwencji każda ze wskazanych podstaw wykluczenia czy to art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp czy też art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp mogła doprowadzić do wykluczenia STRABAG AG z przedmiotowego postępowania.
- 11) Odnosząc się do możliwości dalszego udziału w postępowaniu jednego członka konsorcjum, Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie z art. 58 ust. 5 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wynika to wprost z ww. przepisu. Nie mniej jednak także art. 58 ust. 2 Pzp wskazuje, że wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy traktować jako całość, ot chociażby gdyż zgodnie z brzmieniem tego przepisu w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Skoro zatem podstawy wykluczenia zarówno zawarte w art. 108 jak i 109 Pzp mają zastosowanie do wykonawcy, należy w ocenie Sądu przyjąć, zaś w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczą każdego członka konsorcjum. Potwierdza to także zakres badania podstaw wykluczenia wykonawcy przez samego zamawiającego chociażby poprzez wypełnienie JEDZ, który niewątpliwie w niniejszej sprawie został wypełniony przez każdego z poszczególnych członków konsorcjum osobno. Dla Sądu oznacza to niewątpliwie, że wykonawca, jakim jest konsorcjum składające się jak w niniejszej sprawie z dwóch spółek to obowiązek ten spoczywa na każdym członku konsorcjum, zaś brak wykazania powyższego przez chociażby jednego z nich jest podstawą do wykluczenia wykonawcy, którym jest konsorcjum jako całość. W konsekwencji czego obowiązek odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp dotyczy całego konsorcjum a w niniejszej sprawie Konsorcjum STRABAG.

W uzasadnieniu wyroku doręzonego w dniu 26.06.2023r. Sąd Okręgowy wskazał także, że Izba w treści uzasadnienia zaskarżonego orzeczenia nie poświęciła za wiele uwagi tej problematyce, co więcej nietrafnie wskazała na brak możliwości utrzymania jednego z konsorcjantów w tym przetargu z uwagi na to, że odpowiadają oni solidarnie. Zaznaczyć prawidłowo należy, że ta solidarność niewątpliwie odnosi się lecz do realizacji/wykonania umowy. Niemniej jednak żaden przepis ustawy nie reguluje wprost, czy możliwe jest wystąpienie z konsorcjum jednego z jego członków i pozostawienie drugiego konsorcjanta w przypadku kiedy podstawy do wykluczenia odnosząc się do jednego z konsorcjantów. W ocenie Sądu, zasadnym jest zastosowanie zasad ogólnych z prawa zamówień publicznych. To zaś w konsekwencji prowadziło do wykluczenia całego Konsorcjum STRABAG składającego się ze spółek: STRABAG AG i STRABAG Sp. z o.o.

Jak wskazał Sąd, nawet gdyby uznać, że podstawa do wykluczenia dotyczyłaby tylko spółki STRABAG AG, to jednak należy podkreślić, że STRABAG Sp. z o.o. jako wykonawca nie zawiadomił zamawiającego o wszystkich okolicznościach obciążających STRABAG AG. Czym natomiast, zdaniem Sądu, wprowadził Zamawiającego w błąd co do okoliczności istotnych z punktu widzenia wyboru dokonanego przez Zamawiającego, a to również prowadziły do wykluczenia wykonawcy.

W wyroku Sąd uznał, że co do zasady brak jest prawnych możliwości modyfikacji podmiotowej po stronie wykonawcy. Wszelka analiza takiego przypadku musi być dokonana każdorazowo przy uwzględnieniu ogólnych zasad systemu zamówień publicznych, w szczególności zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw prawnych do dokonania takiej modyfikacji podmiotowej w taki sposób, że wykonawcą byłby jeden z partnerów konsorcjum, tj. STRABAG Sp. z o.o.

Wykonawca planował wniesienie skargi kasacyjnej od opisanego wyżej orzeczenia Sądu Zamówień Publicznych w ustawowym terminie, który upływa 28.08.2023r. Po wszechstronnej analizie stanu faktycznego sprawy, zleceniu opinii prawnych obejmujących analizę ewentualnych podstaw kasacyjnych oraz po ponownej weryfikacji poglądów Krajowej Izby Odwoławczej, a także Sądu podjęto decyzję o nieskładaniu skargi. Jednocześnie też STRABAG



Sp. z o.o. podjęła kroki w celu uniknięcia podobnych sytuacji w przyszłości w zakresie objętym dyspozycją art. 110 ust. 1 ustawy PZP.

#### **4. Przyczyny powstania Zdarzenia i nieprawidłowości, które miały wpływ na wystąpienie Zdarzenia:**

Na podstawie dokumentów i informacji wskazanych powyżej Komisja ustaliła, że wpływ na wystąpienie Zdarzenia miały następujące okoliczności:

- a) w świetle orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej oraz wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie niewystarczająca okazała się przeprowadzona przez STRABAG AG weryfikacja i analiza podstaw wykluczenia związanych z odpowiedzialnością na pytanie JEDZ, czy w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania oferty wystąpiła u niego przesłanka wykluczenia związana z zawieraniem porozumień ograniczających konkurencję. Fakt ustania takiego naruszenia jak i ustalony w decyzji odpowiedniego organu okres naruszeń okazał się niewystarczający dla uznania braku obowiązku wskazania takiej okoliczności w JEDZ – upływu 3 letniego okresu wykluczenia. Dla określenia okresu notyfikacji takiego naruszenia uwzględnić należało również moment wydania decyzji odpowiedniego organu dotyczącej nałożenia grzywny, jak uznały zarówno KIO, jak i Sąd Okręgowy w swoich orzeczeniach.
- b) zmienność orzeczeń zarówno krajowych jak i unijnych, które mogą mieć wpływ na wykładnię przepisów i wynikającą z tego potrzebę aktualizacji stanowiska i interpretacji bieżących orzeczeń przez Spółkę STRABAG Sp. z o.o.

#### **5. Skutki Zdarzenia:**

Skutkiem Zdarzenia było unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez STRABAG Sp. z o.o. wspólnie ze spółką STRABAG AG, nakazanie przez Krajową Izbę Odwoławczą dokonania przez Zamawiającego ponownej oceny ofert i odrzucenie Oferty całego Konsorcjum, pomimo, że w samym wyroku KIO wskazała, że przesłanki wykluczenia mają zastosowanie do STRABAG AG.

Sąd Okręgowy uznał, że na gruncie przepisów PZP nie ma możliwości wykluczenia z postępowania wyłącznie jednego z Partnerów Konsorcjum, do którego odnosiły się zarzuty odwołania, a w konsekwencji należało odrzucić ofertę całego Konsorcjum. Skutkiem Zdarzenia jest w związku z tym wykluczenie całego Konsorcjum, tj. Spółki STRABAG Sp. z o.o. oraz STRABAG AG z udziału w opisywanym postępowaniu przetargowym oraz brak wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert opracowanych w SWZ, a co za tym idzie, także brak możliwości zawarcia umowy na realizację przedmiotowego zamówienia.

Zdarzenie nie spowodowało szkody po stronie Zamawiającego.

#### **6. Na podstawie ustaleń, o których mowa powyżej, Komisja zaleca przeprowadzanie self – cleaningu w zakresie wprowadzenia Zamawiającego w błąd i podjęcie następujących działań korygujących, w szczególności mających na celu uniknięcie na przyszłość podobnych Zdarzeń i**

zapobieganiu narażania STRABAG Sp. z o.o. na zarzut wprowadzenia w błąd Zamawiającego w postępowaniach o zamówienia publiczne, co może stanowić podstawę wykluczenia Spółki z postępowań:

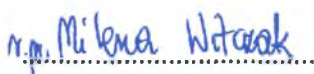
- a) Opracowanie i wdrożenie w spółkach z obszaru UB 6Q dodatkowych procedur określających zasady uzyskiwania danych i informacji od partnerów konsorcjum, w tym spółek należących do Koncernu STRABAG SE, z którymi planowane jest złożenie wspólnej oferty w ramach konsorcjum w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie występowania przesłanek wykluczenia w okresie ostatnich 6 lat wstecz przed terminem składania oferty / wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadkach wystąpienia przesłanki wykluczenia, w szczególności o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP uzyskanie od partnerów danych, czy i kiedy na dany podmiot zostały nałożone grzywny/kary z tego tytułu oraz określenie, wraz ze wskazaniem jakich dokumentów należy oczekiwać dla zweryfikowania przedstawianych przez partnerów konsorcjum danych, terminu ich uzyskania oraz określenie obowiązku weryfikowania przekazanych danych przed złożeniem oferty z prawnikiem obsługującym daną dyrekcję;
- b) Wykonanie zalecenia wskazanego w pkt a) może nastąpić poprzez wprowadzenie Rozporządzenia wewnętrznego dla spółek z obszaru UB 6Q;
- c) Wprowadzenie obowiązku, aby każdy pracownik działu ofertowania minimum raz w roku, a w razie istotnych zmian częściej, uczestniczył w szkoleniu z Prawa zamówień publicznych obejmującym swoim zakresem bieżącą analizę zmian orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wyroków krajowych i europejskich sądów właściwych dla zamówień publicznych w zakresie wykładni przesłanek wykluczenia oraz obowiązków notyfikacji informacji w dokumencie JEDZ oraz oświadczeniach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, oraz o wynikających z nich skutków dla spółek z obszaru UB 6Q;
- d) Zorganizowanie harmonogramu procesu ofertowania we wszystkich spółkach obszaru UB 6Q w taki sposób, aby umożliwić pracownikom sprawdzenie informacji uzyskanych od partnerów konsorcjum. W przyjętym sposobie opracowywania ofert powinien być uwzględniony czas na weryfikację danych z odpowiednim wyprzedzeniem przed wyznaczonym przez zamawiającego terminem składania oferty w postępowaniu oraz konsultację z prawnikiem. Wyznaczony na te czynności czas powinien realnie umożliwiać dokonanie weryfikacji dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu. Zaleca się monitorowanie przez bezpośrednich przełożonych sposobu przygotowania oferty i wypełnienie obowiązków wynikających z wytycznych obowiązujących w spółkach obszaru UB 6Q;
- e) Podczas Narady Dyrektorów Dyrekcji UB6Q, co najmniej raz w roku, a w razie potrzeby częściej, wprowadzić do agendy spotkania omówienie przez Dział Prawny (CML) zmian orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wyroków krajowych i europejskich sądów właściwych dla zamówień publicznych w zakresie wykładni przesłanek wykluczenia oraz obowiązków notyfikacji informacji w dokumencie JEDZ;
- f) Podczas komisji cenowych każdorazowo sprawdzenie, czy osoby odpowiedzialne za przygotowanie oferty zweryfikowały wspólnie z prawnikiem obsługującym daną Dyrekcję UB 6Q dokumenty uzyskane od potencjalnych partnerów konsorcjum oraz brak w stosunku do tego podmiotu występowania przesłanek wykluczenia z postępowania.

Osoby zobowiązane do wdrożenia działań:


- a) w zakresie pkt a) - Zarząd STRABAG Sp. z o.o.,

- b) w zakresie pkt pkt c) - Dyrektorzy Dyrekcji, Biuro Kontrolingu Technicznego, CML,
- c) w zakresie pkt d) - Dyrektorzy Dyrekcji i Dyrektorzy Oddziałów,
- d) w zakresie pkt e) - Zarząd STRABAG Sp. z o.o., Szef Działu Prawnego,
- e) w zakresie pkt. f) - Dyrektorzy Dyrekcji i Dyrektorzy Oddziałów, Biuro Kontrolingu Technicznego.

7. Uwagi dodatkowe:

  
.....  
[podpis członka Komisji]

  
.....  
[podpis członka Komisji]

  
.....  
[podpis członka Komisji]

Niniejszym zatwierdza się ustalenia i zalecenia Komisji Ad Hoc, zobowiązując jednocześnie osoby wskazane w pkt 6 do wdrożenia opisanych w tym punkcie działań.

Pruszków, .....

CZŁONEK ZARZĄDU

  
.....  
Waldemar Wójcik

CZŁONEK ZARZĄDU

  
.....  
Wojciech Trojanowski

## POTWIERDZENIE

W imieniu STRABAG sp. z o.o. niniejszym potwierdzamy, że podczas Narady Dyrektorów Dyrekcji UB6Q, która odbyła się w Pabianicach w dniu 06 października 2023 r. przeprowadzona została prezentacja r. pr. Andrzeja Rybickiego, Szefa Działu Prawnego CML, której przedmiotem były następujące zagadnienia:

1. KIO
2. Self cleaning w STRABAG sp. z o.o.
3. Orzecznictwo
4. Wytyczne/rekomendacje
5. Grupa PZP
6. Komunikacja z UB 6Q
7. Szkolenia

W ramach ww. zagadnień omówione zostały między innymi zmiany orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, wyroki sądów właściwych dla zamówień publicznych w zakresie wykładni przesłanek wykluczenia oraz obowiązków notyfikacji informacji w dokumencie JEDZ i oświadczeniach składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Przeprowadzenie ww. prezentacji stanowiło wypełnienie Poleceń określonych w piśmie Zarządu z dnia 28.08.2023 r.

CZŁONEK ZARZĄDU  
  
Waldemar Wójcik  
Członek Zarządu

CZŁONEK ZARZĄDU  
  
Wojciech Trojanowski  
Członek Zarządu

Pruszków, dnia 28.11.2023 r.

CML Construction Services Sp. z o.o.



CML Construction Services Sp. z o.o.  
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków/Polska

## ZAŚWIADCZENIE

Niniejszym zaświadczamy, że dla pracowników ofertowania w STRABAG Sp. z o.o.  
w dniu 08.11.2023 r.  
zostało przeprowadzone szkolenie pn.:

### **Szkolenie z Prawa zamówień publicznych dla pracowników działów ofertowania**

#### **Przedmiotem szkolenia objęto następujące zagadnienia:**

- Podsumowanie działań związanych z wprowadzeniem self-cleaningu;
- Przegląd aktualnego orzecznictwa, w tym dotyczącego przesłanek wykluczenia i obowiązku notyfikacji w dokumencie JEDZ określonych zdarzeń;
- Badanie przesłanek wykluczenia dotyczących partnerów konsorcjum;
- Dokumenty elektroniczne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Szkolenie zostało przeprowadzone w formie zdalnej i obejmowało:

- liczba godzin szkoleniowych: 2,5\*
- liczba uczestników: 136

\*1 godzina szkoleniowa = 45 minut.

r. pr. Andrzej Rybicki  
Członek zarządu  
CML Construction Services Sp. z o. o.

Marek Kosson  
Biuro Kontrolingu Technicznego  
STRABAG Sp. z o.o.

Pruszków, dnia 23.11.2023 r.

CML Construction Services Sp. z o.o.  
ul. Parzniewska 10  
05-800 Pruszków/Polska  
www.strabag.pl

Tel. +48 22 7144377  
Faks +48 22 7144908

ING Bank Śląski S.A. DOR WOFH  
IBAN: PL44 1050 0086 1000 0090 3004 8251  
BIC/SWIFT: INGBPLWXXX

Strona 1 z 1

CML Construction Services Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000127873 prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP: 7881851539, REGON 634372200, kapitał zakładowy 200.000 PLN  
Posiadamy status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z 08 marca 2013 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2019 r., poz. 118 z późn. zm.)