Sygn. akt: KIO 449/22

WYROK

z dnia 14 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Monika Szymanowska

Członkowie:

Maksym Smorczewski

Protokolant:

Irmina Pawlik

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2022 r. przez odwołującego Budimex S. A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, jednostka

prowadząca postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział

w Bydgoszczy przy udziale:

- „Przedsiębiorstwa Usług Technicznych INTERCOR" Sp. z o. o. w Zawierciu,
- POLAQUA Sp. z o. o. w Wólce Kozodawskiej,
- konsorcjum Kobylarnia S. A. w Kobylarni i Mirbud S. A. w Skierniewicach,

przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Budimex S. A.

w Warszawie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Budimex S. A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego Budimex S. A. w Warszawie na rzecz zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych)

tytułem zwrotu kosztów strony postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

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

wyroku z dnia 14 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt: 449/22

Zamawiający Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, jednostka prowadząca postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy ul. Fordońska, 85-085 Bydgoszcz, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S-10 Bydgoszcz - Toruń odcinek 1 od węzła Bydgoszcz Południe do węzła Emilianowo wraz z rozbudową DK 25”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 22 czerwca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 119-311888, zwane dalej „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 18 lutego 2022 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 125 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp

poprzez przyjęcie, że Odwołujący zobligowany był do udzielenia w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia pozytywnej odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, niezależnie od tego, czy względem Odwołującego są spełnione przesłanki do jego wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, co doprowadziło do odrzucenia oferty Budimex S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 i 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Budimex S.A., w sytuacji gdy wykonawca nie podlega wykluczeniu z Postępowania, w szczególności (z związku z brakiem spełnienia przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp) nie przedstawił on Zamawiającemu w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia

informacji wprowadzających w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,

względnie (w przypadku nieuwzględnienia wyżej wymienionych zarzutów)

3. art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania

Odwołującego do udzielenia dalszych wyjaśnień dotyczących treści Jednolitego

Europejskiego Dokumentu Zamówienia i motywów złożenia w nim oświadczenia o określonej treści, celem ostatecznego rozwiania ewentualnych dalszych wątpliwości Zamawiającego odnośnie braku spełnienia po stronie Odwołującego przesłanek do jego wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp,

względnie (z daleko posuniętej ostrożności)

4. art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do poprawienia treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia oraz do umożliwienia Odwołującemu przedstawienia dowodów mających zapobiec jego wykluczeniu z Postępowania.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W dniu 8 lutego 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Decyzja podjęta przez zamawiającego jest bezpodstawna, a przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie stoi w sprzeczności z innymi działaniami zamawiającego, które są niekonsekwentne. Z jednej bowiem strony, w odniesieniu do zadania dotyczącego budowy obwodnicy Wronek oceniono, że brak było podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. W odniesieniu zaś do drugiego zadania - hala Jaskółka także uznano, że zostały spełnione przesłanki do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., a mimo to odrzucono ofertę na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p. w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., w związku z oświadczeniem zawartym przez odwołującego JEDZ.

Odwołujący podniósł dalej, że składając wymagany przez zamawiającego dokument, tj. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, zwany dalej „JEDZ", w części III, lit. c JEDZ udzielił odpowiedzi negatywnej. To właśnie ta okoliczność (udzielenie odpowiedzi negatywnej na powyższe pytanie) legła u podstaw odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na rzekome przedstawienie zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd.

Tymczasem w ocenie odwołującego, w zaistniałym stanie faktycznym, odwołujący był uprawniony do złożenia oświadczenia o takiej treści w zakresie odpowiedzi na zacytowane powyżej pytanie zawarte w JEDZ. Zgodnie bowiem z instrukcją wypełniania JEDZ opublikowaną na stronie UZP, kwestię dotyczącą „rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji" i skorelowanego z tą kwestią pytania: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z ta wcześniejszą umową?" należy interpretować w sposób następujący: „W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. (...) Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje". Tak instrukcja wypełniania JEDZ, stan na 20 stycznia 2021 r. Zatem odpowiedź udzielana na pytanie zawarte w JEDZ musi być i jest powiązana z treścią przepisu zdefiniowanego w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., co wynika także z podanych w odwołaniu wyroków Izby.

Powyższe oznacza, że składając stosowne oświadczenie w JEDZ, wykonawca udziela odpowiedzi na postawione w tym dokumencie pytania, w odniesieniu do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nie abstrakcyjnie. Należy przy tym zaznaczyć, że JEDZ nie stanowi nowych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. JEDZ stanowi oświadczenie wykonawcy odnośnie zaistnienia podstaw do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W każdym więc przypadku

oświadczenie składane przez wykonawców musi być interpretowane przez pryzmat podstaw (przesłanek) do wykluczenia wykonawcy, jakie wskazane zostały w p.z.p., a następnie przez zamawiającego w dokumentacji postępowania. Upraszczając, wykonawca nie składa odpowiedzi na abstrakcyjnie postawione pytanie np. „czy znajdowałem się w sytuacji, w której nałożono na mnie odszkodowanie?", tylko odpowiada na pytanie, „czy w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonałem lub nienależycie wykonałem albo długotrwale nienależycie wykonywałem istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do odszkodowania". Oznacza to, że zawsze oświadczenie składane w JEDZ, musi być analizowane (zwłaszcza w kontekście oświadczenia w nim prawdy bądź nieprawdy) przez pryzmat konkretnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, czego zamawiający zdaje się nie dostrzegać.

Przedmiotowe oświadczenie składa się „w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp", zaś dla zamawiającego wystarczającą okolicznością implikującą konieczność składania stosownego oświadczenia w JEDZ, jest samo wystąpienie pewnych nieprawidłowości w trakcie realizacji usługi, co jest jednoznacznie sprzeczne z treścią tej instrukcji. Zamawiający pomija też (kluczową zdaniem odwołującego) część wytycznych UZP, gdzie wskazuje się, że „Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje", gdy tymczasem to właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym. W ocenie odwołującego, błąd zamawiającego, polegający na czytaniu pytań postawionych w JEDZ w oderwaniu od przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odwołujący dodał, że obowiązek zaznaczenia „TAK" ciążyłby na nim wyłącznie wtedy, gdyby w odniesieniu do niego zostały spełnione przesłanki do jego wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. który ma charakter skutkowy. Sankcję wykluczenia przewiduje w sytuacjach, w których konsekwencja w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi była następstwem określonego zachowania wykonawcy, tj. sytuacji, w której z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy (...). Bez zaistnienia przypadku wskazanego w pierwszej części przepisu (niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w znacznym stopniu lub zakresie) nie wystąpi sankcja określona w jego drugiej części. W taki właśnie sposób powinien interpretować to zamawiający, którego obowiązkiem, wynikającym z art. 16 pkt 3 p.z.p., jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z przesłankami do wykluczenia wykonawcy z postępowania. JEDZ, który stanowi jedynie wstępne oświadczenie odnośnie braku postaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie wymaga notyfikowania wszystkich naruszeń, do jakich doszło w trakcie realizacji umowy, a wyłącznie tych, które związane są z zaistnieniem zdarzenia, które skutkować powinno (zgodnie z p.z.p.) wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Nie można również przyjąć, że zadaniem JEDZ jest nakładanie na wykonawców dodatkowych obowiązków niewynikających z przepisów ustawy p.z.p., w tym obowiązku przedłożenia wykazu umów. Z uwagi na charakter przesłanek wykluczenia w dyrektywach (tj. ich fakultatywność) należy przyjąć, że ukształtowanie formularza miało na celu jego maksymalne uelastycznienie, aby poprzez zastosowanie ogólnikowych sformułowań odpowiadał rozwiązaniom przyjętym indywidualnie przez każdego ustawodawcę krajowego. Interpretacja, że JEDZ wymaga podania informacji o wszystkich wcześniej rozwiązanych umowach przeczy również celowi powołania „instytucji" JEDZ (motyw 1 preambuły do rozporządzenia wykonawczego ustanawiającego JEDZ), tj. odformalizowaniu i uproszczeniu procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Zadaniem tych zmian było upodmiotowienie i zawierzenie wykonawcy, który mógł własnym oświadczeniem zastąpić konieczność złożenia wielu dokumentów, zaświadczeń żądanych w poprzednim stanie prawnym. Nie da się pogodzić celu odformalizowania i uproszczenia zamówień w świetle żądania opisania w formularzu JEDZ w sposób szczegółowy przebiegu realizacji wszystkich możliwych umów, które przebiegły w sposób problematyczny, niezależnie od faktu, czy wpisują się one w przesłanki wykluczenia.

Zdaniem odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, że na podstawie aktualnego brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., wykonawca jest zobligowany do wpisania w formularzu JEDZ w części dotyczącej „rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji", w ramach odpowiedzi na sporne pytanie oświadczenia „TAK" wyłącznie w sytuacji, w której w zakresie realizacji wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym doszło do wypełnienia wszystkich przesłanek wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., tj. gdy wykonawca 1) z przyczyn leżących po jego stronie, 2) w znacznym

stopniu lub zakresie, 3) nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał, 4) istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło 5) do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Twierdzenia te potwierdza instrukcja wypełniania JEDZ, opublikowana przez UZP, która dedykowana jest nie tylko wykonawcom, ale też zamawiającym i służyć ma nie tylko ujednoliceniu pewnych zachowań, ale też przekazaniu jednoznacznych wytycznych odnośnie wykładni treści JEDZ.

Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z dnia 27 maja 2020 r.: „mając na względzie zapisy instrukcji wypełniania (...), które w tym zakresie wyraźnie odwołują się do podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., pytanie dotyczące przesłanek określonych w tym przepisie należy wykładać z uwzględnieniem brzmienia krajowej przesłanki wykluczenia. Na konieczność takiej interpretacji zwróciła też uwagę KIO m.in. w wyroku z 3 sierpnia 2018 r., sygn. KIO 1428/18. W orzeczeniu tym Izba zauważyła, że odwołujący udzielił negatywnej odpowiedzi na pytanie w (...) z uwzględnieniem brzmienia krajowej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. Zaznaczyła Izba, że wzór formularza (...) jest europejskim formularzem zamówienia, w konsekwencji czego jego treść nie odzwierciedla w pełni brzmienia przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w prawie krajowym, tj. w ustawie

Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Izby zamawiający podczas oceny złożonych przez odwołującego w tamtej sprawie wyjaśnień nie wziął pod uwagę ww. okoliczności i w sposób nieprawidłowy wysnuł zbyt daleki wniosek, iż ten przedstawił nieprawdziwe informacje w treści (...), pomijając przy tym brzmienie przepisów krajowych, do których referował odwołujący w swoich wyjaśnieniach. Jak już wskazywano formularz (...) jest dokumentem o charakterze uniwersalnym i nie oddaje dokładnie krajowych przesłanek wykluczenia. Bez wątpienia natomiast ma on służyć zamawiającemu w celu weryfikacji braku podstaw wykluczenia obowiązujących w krajowym porządku prawnym. Z tego też względu nie powinien być interpretowany wyłącznie literalnie, ale właśnie przez pryzmat treści przepisów krajowych. Tylko wówczas będzie on w stanie należycie spełniać swoją funkcję. Zarówno pytania, jak i treść oświadczenia składanego przez wykonawcę w formularzu (...), nie mogą być więc wykładane w oderwaniu od przesłanek wykluczenia, których dotyczą.” (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 27 maja 2020 r., sygn. akt: III Ca 252/20).

Co więcej, przyjęcie konieczności wskazania w JEDZ wszystkich umów, które zakończyły się rozwiązaniem umowy lub w których naliczono kary umowne prowadziłoby do różnego traktowania wykonawców w postępowaniach w zależności od ich wartości szacunkowej. W postępowaniach poniżej progów UE, gdzie nie ma zastosowania formularz JEDZ, obowiązek taki nie jest formułowany. Tam wykonawcy potwierdzają jedynie brak podstaw do wykluczenia interpretując je w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Tym samym sytuacja wykonawców w świetle tożsamej przesłanki wykluczenia byłaby diametralnie różna (tak pod względem dodatkowych obowiązków jak i ryzyka uznania, że wykonawca wprowadza zamawiającego w błąd) jedynie z uwagi na brzmienie formularza JEDZ. Tymczasem odwołujący (w związku z realizacją inwestycji dotyczącej Hali Jaskółka) nie znajdował się w sytuacji, w której spełnione byłyby wszystkie wyżej wymienione przesłanki wykluczenia go z postępowania. Inaczej rzecz ujmując, w odniesieniu do odwołującego nie były spełnione przesłanki do jego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., czemu zamawiający nie zaprzecza. Skoro tak, to w świetle przepisów p.z.p., aktualnej instrukcji (wytycznych) wypełniania JEDZ opublikowanej przez UZP, aktualnej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, złożenie przez odwołującego oświadczenia „NIE” w formularzu JEDZ było działaniem prawidłowym.

Zamawiający nawet nie próbował wykazać, że w odniesieniu do odwołującego są spełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Zamawiający opiera się wyłącznie na jednej okoliczności, tj. fakcie, że tamten zamawiający obciążył odwołującego karą umowną, co nie jest niewystarczające dla uznania, że odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., a w konsekwencji nie pozwala także na zastosowanie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Zabrakło tu refleksji na temat tego, czy rzekome nienależyte wykonanie kontraktu: było wynikiem działań leżących po stronie odwołującego (zamawiający pomija wyjaśnienia złożone przez odwołującego), na temat „stopnia lub zakresu” rzekomego uchybienia, czy wreszcie na temat „istotności” uchybienia w kontekście całego kontraktu. Ustawodawca wymaga, aby nienależyte wykonanie nastąpiło w zakresie lub stopniu istotnym, a w przypadku kontraktu hala Jaskółka nie mieliśmy z tym do czynienia. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 maja 2021 sąd pokreślił: „Należy wskazać, że wykluczenie wykonawcy jest ostatecznością i wyjątkowym uprawnieniem zamawiającego, z którego może skorzystać jedynie w oparciu o przepisy ustawy. W przypadku przesłanki przewidzianej w art. 24 ust. 5 pkt 4 dPzp, na którą się powołuje skarżący wykluczając wykonawcę, ustawodawca wymaga by nienależyte wykonanie umowy nastąpiło w istotnym stopniu. Nie każde zatem

odstępstwa od wymaganego standardu realizacji świadczenia będą skutkowały zaktualizowaniem się omawianej przesłanki." (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 maja 2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 28/21). Tak więc dopiero szczegółowe przeanalizowanie tych elementów umożliwiałoby zamawiającemu zajęcie stanowiska co do tego, czy wobec odwołującego są spełnione przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Zachowanie zamawiającego (polegające na zaniechaniu dokładnego przeanalizowania stanu faktycznego w odniesieniu do spełnienia wszystkich przesłanek wykluczenia) stoi więc w sprzeczności z zasadą proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 p.z.p. i która odgrywa szczególną rolę na gruncie fakultatywnych przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe znajduje też odzwierciedlenie w motywie 101 preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, gdzie wskazuje się, że: Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.

Odwołujący zwraca przy tym uwagę na fundamentalne błędy, jakie zamawiający popełnił przy ocenie wyjaśnień złożonych przez odwołującego w dniu 20 grudnia 2021 r., a które (jak należy przyjąć) legły u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy z postępowania. Zamawiający wskazuje bowiem, że „w odniesieniu do zadania o którym mowa ww. pkt 2 odwołujący potwierdził fakt naliczenia wykonawcy kar umownych i nie zaprzeczył, iż powodem ich naliczenia było nieterminowe wykonanie przedmiotu umowy". Tymczasem wyjaśnienia złożone przez odwołującego zawierały argumentację odnośnie braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania i braku podstaw do udzielania odpowiedzi twierdzącej na przedmiotowe pytanie zawarte w JEDZ. W kontekście inwestycji dotyczącej Hali Jaskółka. Odwołujący wskazał między innymi, że: 1) „omawiana sytuacja nie wypełnia już pierwszego z członów dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp - nie jest bowiem związana z niewykonaniem, nienależytym wykonaniem czy długotrwałym nienależytym wykonaniem kontraktu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy" (vide: str. 7 wyjaśnień odwołującego z dnia 20 grudnia 2021 r.), 2) „omawiane kary umowne kwestionuje co do zasady i co do wysokości w ramach postępowania sądowego rozpoznawanego pod sygnaturą akt: IX GC 1169/18" (vide: str. 8 wyjaśnień odwołującego z dnia 20 grudnia 2021 r.). Jednoznacznie więc odwołujący zaprzeczał, że zaistniały w stosunku do niego podstawy do obciążenia wykonawcy karami umownymi. Próba obciążenia odwołującego przez Miasto Tarnów karą umowną z tytułu rzekomej zwłoki w realizacji kontraktu jest podyktowana potrzebą procesową inwestora niż rzeczywistym „zawinieniem" po stronie odwołującego. Co więcej, nawet sam zamawiający tamtego zadania nie kwalifikuje zaistniałego zdarzenia jako niewykonania, nienależytego wykonania czy długotrwałego nienależytego wykonywania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który czy to w ramach listu referencyjnego czy w oficjalnych stanowiskach prasowych potwierdza należyte wywiązywanie się przez odwołującego z nałożonych na niego zobowiązań umownych - dowód: fragment listu referencyjnego z dnia 20 listopada 2019 r. Odwołujący oparł się zatem na obiektywnej ocenie najbardziej zainteresowanej, najlepiej zorientowanej i najbardziej krytycznej strony - samego zamawiającego w kontrakcie Hala Jaskółka. To zamawiający w kontrakcie „Hala Jaskółka" najlepiej wie i potrafi ocenić, czy roboty budowlane objęte tą umową zostały wykonane należycie. Skoro wiec wystawia referencje o wskazanej wyżej treści, to usterki i uchybienia, jakkolwiek mogły się zdarzyć, nie były istotne, a tylko znaczny zakres lub stopień nienależytego wykonania lub długotrwałe nienależyte wykonywania uzasadniałyby tezę, że przesłanka ta została spełniona. Ponadto sam inwestor zgłosił zrealizowany przez odwołującego obiekt do konkursu Polskiego Związku Inżynierów i Techników Budownictwa „Budowa Roku 2019", w którym Hala Jaskółka zdobyła nagrodę I stopnia w kategorii „obiekty oceniane indywidualnie". Zgodnie z regulaminem konkursu ocena dokonywana przez jury składające się z profesjonalistów obejmowała m.in. organizację budowy i czas jej realizacji, zatem czy naprawdę Miasto Tarnów zgłosiłoby Halę Jaskółka do tego konkursu, w którym oceniana jest między innymi jakość robót i dobra organizacja robót (w tym czas jej realizacji), gdyby odwołujący w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał rzeczoną inwestycję? Okoliczności te były przedstawiane zamawiającemu w ramach wyjaśnień złożonych przez odwołującego w dniu 20 grudnia 2021 r. Zamawiający jednak zdaje się w ogóle nie brać ich pod uwagę, opierając się wyłącznie na tym, że inwestor naliczył odwołującemu kary, choć zasadność naliczenia tych kar już na „pierwszy rzut oka" wydaje się być wątpliwa.

Sytuacja, do jakiej doszło w ramach inwestycji dotyczącej Hali Jaskółka, nie wypełnia więc pierwszego z członów dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. - nie jest bowiem związana z niewykonaniem, nienależytym wykonaniem czy długotrwałym nienależytym wykonywaniem kontraktu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Kontrakt został wykonany w sposób prawidłowy przez odwołującego, został zakończony odbiorem końcowym, a wykonawca uzyskał referencję potwierdzającą prawidłową realizację.

Abstrahując od powyższego, skutek, który wystąpił na przedmiotowym kontrakcie w postaci naliczenia przez zamawiającego kary umownej, w przedmiotowym przypadku nie mieści się w pojęciu „odszkodowania", o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Jak wskazują bowiem komentatorzy, najczęściej występujący skutek nienależytego wykonania umowy, tj. naliczenie kar umownych, nie będzie stanowił podstawy wykluczenia. Co prawda kary umowne traktowane są w doktrynie jako zryczałtowane odszkodowanie, niemniej jednak przepis ten nie posługuje się pojęciem kar umownych. Na tle art. 484 § 1 k.c. kara umowna należy się wierzycielowi bez względu na wysokość szkody, a roszczenie o odszkodowanie jest następstwem wyrządzenia szkody. Zatem wydaje się, że sformułowanie „co doprowadziło do (...) odszkodowania" powinno być interpretowane jako „zasądzenie odszkodowania". Nie sposób bowiem uznać, że jakiekolwiek świadczenie wynikające z umowy z tytułu nienależytej realizacji umowy stanowi odszkodowanie (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Legalis 2021). W szczególności, że istnieje istotna różnica pomiędzy treścią art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy 2014/24/UE a treścią przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., gdzie polski ustawodawca nie odwołuje się do „kar umownych" (pojęcie, którym posługuje się kodeks cywilny, niezależnie od pojęcia „odszkodowanie") lub (powielając dyrektywę) „innych porównywalnych sankcji", a wskazuje wyłącznie na „doprowadzenie do odszkodowania". Z uwagi na fakt, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. jest przepisem sankcyjnym, to musi być interpretowany wprost, a nie w sposób rozszerzający. W przypadku kontraktu dotyczącego Hali Jaskółka naliczona kara umowna nie pełniła w żadnej mierze funkcji odszkodowawczej - inwestor nie identyfikuje w swoich stanowiskach konkretnej szkody związanej z działaniami odwołującego, wskazując na prawidłowe i należyte wywiązywanie się przez wykonawcę ze wszystkich zobowiązań zaistniałych na przedmiotowym kontrakcie. Inwestor nie tylko nie zgłasza uwag co do należytego wykonania zobowiązania przez odwołującego, ale otrzymał przedmiot zamówienia (obiekt) o wysokich parametrach, którego realizacja okazała się dużym sukcesem, wielokrotnie opisywanym w mediach branżowych, o czym świadczy również zgłoszenie obiektu do konkursu na „Budowę Roku 2019" przez inwestora i uzyskanie dla obiektu tytułu „Budowa Roku 2019" w grupie „Obiekty oceniane indywidualnie", który odebrał inwestor, tj. Gmina Miasta Tarnowa.

Podsumowując, trudno zakwalifikować realizację, w ramach której druga strony umowy sama stwierdza jej należyte wykonanie, zgłasza ją do prestiżowego konkursu budowlanego, jako mającą stanowić sytuację potencjalnie ocenianą przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., stąd nie sposób zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego, że w tym stanie rzeczy odwołujący zobligowany był do udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie zawarte w JEDZ: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową", skoro względem odwołującego nie były spełnione przesłanki do jego wykluczenia z postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Raz jeszcze wskazać należy, że odwołujący, działając z należytą starannością, na podstawie obiektywnych przesłanek (referencji wystawionych przez zamawiającego w kontrakcie „Hala Jaskółka") ocenił, że nie zostały spełnione wszystkie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p.

Zgodnie z Instrukcją wypełniania JEDZ nie widział podstaw do zamieszczenia informacji o tym kontrakcie w formularzu. W ocenie odwołującego zaznaczenie w formularzu JEDZ odpowiedzi TAK i opisanie sytuacji faktycznych związanych z nienależytym zrealizowaniem umowy powinno nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca doszedł do wniosku, że spełnione zostały przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., jednak chce doprowadzić do wykazania swojej rzetelności w ramach procedury samooczyszczenia oraz zwrócić uwagę zamawiającego na zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 109 ust. 3 p.z.p. Nie jest natomiast celem tej części formularza przedstawianie zamawiającemu pełnej historii kontraktowej danego wykonawcy. Takie działanie należy uznać za sprzeczne z zasadą ekonomiki postępowania, gdyż mogłoby prowadzić do wielomiesięcznego paraliżu instytucji zamawiającej zmuszonej do weryfikacji znacznej liczby kontraktów wielu wykonawców uczestniczących w postępowaniach.

Przedstawienie zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd - brak spełnienia przesłanek do zastosowania przepisu (ad. zarzut nr 2). W opinii odwołującego, w świetle przepisów p.z.p., aktualnej instrukcji (wytycznych) wypełniania JEDZ opublikowanej przez UZP, aktualnej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, skoro oświadczenia składane w JEDZ powinny być dokonywane przez pryzmat przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to w tym stanie rzeczy nie sposób jest uznać, aby w odniesieniu do odwołującego były spełnione przesłanki do jego wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. W myśl powołanego przepisu 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. Dla skutecznego zastosowania normy art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. konieczne jest spełnienie wszystkich przesłanek zawartych w tym przepisie, tj. wykonawca musi przedstawić informację, która jest niezgodna z rzeczywistością, wprowadzająca w błąd zamawiającego, informacja ta może mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, a przedstawienie informacji musi być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Wyżej wymienione przesłanki muszą być spełnione łącznie. Oznacza to, że niewykazanie zaistnienia jednej z nich jest wystarczające do stwierdzenia, że zamawiający, stosując względem wykonawcy ten przepis, naruszył p.z.p.

W zaistniałym stanie faktycznym nie sposób uznać, aby oświadczenie złożone w JEDZ przez odwołującego w zakresie dotyczącym odpowiedzi na sporne pytanie mogło zostać uznane za „niezgodne z rzeczywistością" i „wprowadzające w błąd zamawiającego". Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wydanym na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, ale zachowującym aktualność): „Aby mogło dojść do naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. przede wszystkim należy wykazać, że wykonawca wprowadził w błąd zamawiającego przedstawiając informacje - pkt 16, lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd - pkt 17. Tym samym w pierwszej kolejności należy ocenić czy podana informacja, była niezgodna z obiektywnie ustalonym stanem faktycznym" (wyrok Izby z dnia 26 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2279/19).

Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego wskazuje następująco: „Wykonawca oświadczając w JEDZ, że nie znajdował się w sytuacji, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową, przedstawił informacje niezgodne ze stanem faktycznym, wprowadzające Zamawiającego w błąd". Stwierdzenie to jest oczywiście błędne. W tym stanie faktycznym, „obiektywna niezgodność ze stanem faktycznym" nie może sprowadzać się wyłącznie do oceny, czy w trakcie realizacji wystąpiła określona nieprawidłowość, ale koniecznym jest uprzednie stwierdzenie, czy ta nieprawidłowość pociąga za sobą sankcję, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Powtórzyć więc należy, że należy wykazać, że wszystkie przesłanki wskazane w tym przepisie są spełnione. Jeżeli wynik tego badania jest pozytywny, to dopiero wtedy negatywna odpowiedź udzielona przez odwołującego na sporne pytanie w JEDZ, mogłaby być uznana za niezgodną z obiektywnie ustalonym stanem faktycznym. Co istotne, takiej niezgodności nie stwierdził nawet sam zamawiający, który w żadnym momencie nie uznał nawet, że odwołujący znalazł się w sytuacji, która odpowiadałaby sytuacji określonej w tym przepisie. Brak jest jakiegokolwiek stanowiska zamawiającego w tym zakresie. Wręcz przeciwnie, z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego wynika, że byłoby to dopiero przedmiotem oceny zamawiającego.

Bez przesądzenia tej kwestii nie sposób więc uznać, że spełniona jest kolejna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj. przesłanka wpływu na decyzję zamawiającego. Jeżeli bowiem oświadczenie złożone przez odwołującego polega na prawdzie, to nie mogło (nawet potencjalnie) wpłynąć na decyzję podejmowaną przez zamawiającego. W orzecznictwie podkreśla się bowiem, że: „Skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu, gdyż nie zostałby wprowadzony w błąd." (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 620/21, LEX nr 3182457). Zamawiający nie wykazał więc, że oświadczenie złożone w JEDZ mogło wpłynąć na podejmowaną przez niego decyzję w postępowaniu.

Ponadto, zamawiający w swoim procedowaniu jest całkowicie niekonsekwentny. Zamawiający kategorycznie wskazuje w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, że: „Zamawiający opierając się na treści JEDZ złożonego wraz z ofertą przez BUDIMEX S.A. uznał, iż w stosunku do ww. Wykonawcy nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp. Jednak z analizy stanu faktycznego i informacji w posiadanie, których wszedł Zamawiający w toku postępowania wynika, że zaistniały takie okoliczności i wymagały zbadania przez Zamawiającego. [.] Brak jest podstaw prawnych, do przyjęcia, że to wykonawca udzielając odpowiedzi samodzielnie weryfikuje przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp". Zamawiający nie stosuje jednak tego samego schematu myślenia względem okoliczności faktycznych i zachowania odwołującego, jakie zaistniały w odniesieniu do drugiej inwestycji, która również była przedmiotem wezwania do udzielenia wyjaśnień, czyli inwestycji dotyczącej Obwodnicy Wronek. W odniesieniu do tej inwestycji odwołujący również nie zaznaczył w JEDZ „TAK" w odpowiedzi na sporne pytanie. W przypadku tej inwestycji zamawiający również wszedł w posiadanie informacji, które były przedmiotem dalszego badania przez zamawiającego. Mimo to, zamawiający nie doszukuje się w zachowaniu odwołującego podstaw do zastosowania sankcji, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Zamawiający nie kwestionuje już, że w odniesieniu do inwestycji dotyczącej Obwodnicy Wronek odwołujący był uprawniony do samodzielnej weryfikacji przesłanki wykluczenia,

wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Dlaczego zatem, działając na podstawie tych samych przepisów prawa, w tym samym postępowaniu zamawiający dokonuje różnej ich interpretacji?

Według odwołującego nie sposób zgodzić się również z tym, że jego zachowanie nosi znamiona lekkomyślności bądź niedbalstwa. Odwołujący konsekwentnie stoi na stanowisku, że sposób, w jaki wypełnił JEDZ był prawidłowy i że udzielał odpowiedzi na zawarte w JEDZ pytanie w kontekście tego, czy podlega wykluczeniu z postępowania. Lekkomyślność polega na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, gdy wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić. Jak słusznie wskazano w komentarzu wydanym przez UZP „Wykonawca nie jest winny przedstawienia wprowadzających w błąd informacji, jeżeli informacje składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe." (H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 410). Nawet więc jeśli zamawiający uznał, że dyrektywy wykładni prawa przemawiają w tym konkretnym przypadku za przyjęciem interpretacji zamawiającego, powinien on zdawać sobie sprawę, że interpretacja przyjęta przez odwołującego jest szeroko reprezentowana w orzecznictwie i doktrynie, nie można więc mu przypisać winy, nawet nieumyślnej, że ją przyjął jako swoją.

Odwołujący dodał, że kwestia ta nie budziła zresztą jakichkolwiek dyskusji lub wątpliwości wśród wykonawców, zwłaszcza w kontekście kar umownych, które w procesach inwestycyjnych są zjawiskiem powszechnym, nakładanym z różnych powodów, w różnych okolicznościach, z czego zarówno wykonawcy, jak i zamawiający doskonale zdają sobie sprawę. Podnoszone obecnie (na kanwie wyroku KIO 3467/21 z 13 grudnia 2021 r.) głosy, że wykonawcy są obowiązani do notyfikowania każdej sytuacji, która świadczyłaby o choćby najmniejszej nieprawidłowości, jaka miała miejsce w trakcie realizacji inwestycji, całkowicie wypacza cel, jakiemu służyć ma oświadczenie zawarte w JEDZ, a następnie przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj. wykluczenia z postępowania tych wykonawców, którzy nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia. Tymczasem z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym, gdzie przedmiot umowy został wykonany zgodnie ze sztuką budowlaną, inwestor z niego korzysta, a odwołujący dał wyraz swojemu profesjonalizmowi, współpracując z inwestorem przez cały okres realizacji inwestycji, czego efektem jest ukończony obiekt Hali Jaskółka. W takich okolicznościach odwołujący, który odpowiadał na pytania postawione w JEDZ przez pryzmat przesłanek do wykluczenia z postępowania, był uprawniony do złożenia oświadczenia, że nie podlega wykluczeniu. W tym kontekście nie można więc mówić ani o lekkomyślnym ani o niedbałym zachowaniu odwołującego.

Domaganie się przez Zamawiającego udzielenia odpowiedzi twierdzącej na sporne pytanie zawarte w JEDZ nie znajduje uzasadnienia ani w przepisach, ani w zaistniałym

w odniesieniu do Hali Jaskółka stanie faktycznym, to takie zachowanie zamawiającego godzi też w zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która wyrażona jest w art. 16 pkt 2 i 3 p.z.p. Zamawiający stosuje bowiem odmienny schemat działania w takiej samej sytuacji, co rodzi niepewność po stronie wykonawców, odnośnie tego, jak w rzeczywistości powinni oni postępować. W dodatku zamawiający stosuje jedną z najbardziej dotkliwych sankcji, którą powinno się stosować względem wykonawców nielojalnych, nierzetelnych, w sytuacji gdy odwołujący jest w stanie w sposób racjonalny, poparty argumentami natury prawnej, wyjaśnić motywy swojego zachowania. Podsumowując, w odniesieniu do odwołującego, nie zostało wykazane, że są spełnione przesłanki wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., co oznacza, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego jest jednoznacznie wadliwa.

Przedwczesność odrzucenia oferty odwołującego - z ostrożności procesowej (z uwagi na konieczność podniesienia wszelkich zarzutów już na obecnym etapie) wskazać należy, że decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego powinna być uznana co najmniej za przedwczesną. W kilku miejscach uzasadnienia o odrzuceniu oferty zamawiający podnosi kwestię „ogólnikowości" wyjaśnień udzielonych przez odwołującego 20 grudnia 2021 r. Co więcej, zamawiający wskazuje np., że „pomimo wezwania Zamawiającego do szczegółowego opisania zdarzeń będących podstawą naliczenia kar umownych związanych z nieterminową realizacją przedmiotowej umowy, Wykonawca w sposób bardzo ogólny odniósł się do powyższych kwestii, nie opisując konkretnie okoliczności mających wpływ na przyczyny niewykonania zamówienia w terminie i w konsekwencji naliczenia kar umownych."

Natomiast w wezwaniu datowanym na dzień 14 grudnia 2021 r. zamawiający nie wzywał odwołującego o szczegółowe wyjaśnienie tych okoliczności. Wezwanie koncentrowało się na wyjaśnieniu powodów dotyczących treści JEDZ, w zakresie odpowiedzi

przeczącej, udzielonej na pytanie zawarte w Części III Dział C, w brzmieniu: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?". W tym zakresie odwołujący zawarł bardzo szeroką argumentację, wyjaśniając, co legło u podstaw udzielenia przez niego odpowiedzi negatywnej na wyżej wymienione pytanie. Wezwanie zamawiającego było w tym zakresie ogólne - zamawiający nie wyartykułował w nim konkretnych wątpliwości, które podnosi dopiero w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Tymczasem nic nie stało na przeszkodzie, aby kwestie te zostały rozwinięte przez odwołującego, który jednak powinien uprzednio otrzymać od zamawiającego odpowiedni sygnał, jakie zagadnienia budzą dalsze wątpliwości zamawiającego. Takiego sygnału wykonawca jednak nie otrzymał, choć okoliczności te mogły, a wręcz powinny być przedmiotem kolejnego wezwania do udzielenia wyjaśnień. Oczekiwania odwołującego w tym zakresie są tym bardziej zasadne, że zamawiający nie ocenił równie rygorystycznie wyjaśnień składanych przez innych wykonawców, które nie były bardziej szczegółowe od tych, złożonych przez odwołującego (vide: wyjaśnienia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o.), a co do których zamawiający nie miał żadnych wątpliwości w kontekście przesłanek do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Powyższe stanowi kolejne potwierdzenie, że zamawiający prowadzi postępowanie w sposób nieproporcjonalny i nierówno traktujący wykonawców.

Odwołujący podniósł, że zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez odwołującego za ogólnikowe, nie rozwiewające wszystkich wątpliwości, ale nie skierował do odwołującego kolejnego wezwania do udzielenia wyjaśnień, ani nie wezwał odwołującego do poprawienia JEDZ i umożliwienia skorzystania z procedury, o której mowa w art. 110 ust. 2 p.z.p., a zastosował najdalej idącą sankcję, tj. odrzucenia jego oferty z postępowania, co nie tylko było działaniem niedopuszczalnym i niekonsekwentnym w świetle innych działań zamawiającego, ale też naruszającym zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, o której mowa w art. 16 pkt 1 p.z.p., oraz zasadę proporcjonalności, która odgrywa szczególną rolę w kontekście fakultatywnych przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający powinien podejmować wszelkie możliwe działania celem zapobieżenia wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a w dodatku składa zamawiającemu najkorzystniejszą ofertę. Tymczasem w zaistniałym stanie faktycznym zamawiający podjął skrajnie niekorzystną dla odwołującego decyzję, o bardzo doniosłych skutkach, pomimo tego, że oczywistym jest, że względem odwołującego nie są spełnione przesłanki do jego wykluczenia z tego postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Należy przy tym podkreślić, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, co w odniesieniu do odwołującego nie budzi wątpliwości, a czego najlepszym dowodem są liczne inwestycje z powodzeniem realizowane przez odwołującego. Spółka działa nieprzerwanie od 1968 r., w ciągu ostatnich trzech lat (2019-2021) zrealizowano 263 kontrakty o łącznej wartości 19 726 mln zł. Nawet jeżeli zamawiający powziął pewne wątpliwości, które nie zostały one rozwiane w drodze wyjaśnień z dnia 20 grudnia 2021 r., to jego obowiązkiem było wezwanie do udzielenia dalszych wyjaśnień, celem ich ostatecznego rozwiania albo umożliwienie odwołującemu przedstawienia dowodów mających zapobiec jego wykluczeniu z postępowania. To ostatnie wymagałoby jednak uprzedniego zajęcia przez zamawiającego jednoznacznego stanowiska odnośnie tego, czy w jego ocenie względem odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., czego zamawiający nie uczynił. Jak przy tym podkreśla się w orzecznictwie unijnym: „jeżeli instytucja zamawiająca stwierdzi, że zostały spełnione warunki określone w art. 57 ust. 4 lit. g) lub h) dyrektywy 2014/24, musi ona w celu poszanowania postanowień art. 57 ust. 6 tej dyrektywy w związku z jej motywem 102 umożliwić danemu wykonawcy przedstawienie dowodów świadczących o tym, że podjęte przez niego środki naprawcze są wystarczające dla uniknięcia powtórzenia nieprawidłowości, która doprowadziła do rozwiązania umowy dotyczącej wcześniejszego zamówienia publicznego, i że w związku z tym mogą one wykazać jego wiarygodność pomimo istnienia istotnej fakultatywnej podstawy wykluczenia." (zob. wyrok TSUE

z 03.10.2019 r., sygn. akt: C-267/18, podobnie wyrok z 14.01.2021 r., sygn. akt: C-387/19). Zatem zarzut dotyczący przedwczesności zastosowanej względem odwołującego sankcji w postaci odrzucenia jego oferty z postępowania należy uznać za zasadny.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym, a także o zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p. skład orzekający dopuścił do

udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego: „Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR" Sp. z o. o. w Zawierciu, POLAQUA Sp. z o. o. w Wólce Kozodawskiej i konsorcjum Kobylarnia S. A. w Kobylarni i Mirbud S. A. w Skierniewicach, co nadaje wykonawcom status uczestników postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskami przystępujących, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I. W pkt 9.2. SWZ (TOM 1, IDW) zamawiający wskazał, że wykluczy wykonawcę:

„10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje

wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".

II. Odwołujący złożył ofertę, a wraz z nią oświadczenie JEDZ, gdzie w części III pn. podstawy wykluczenia, sekcja c pn. podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Proszę podać odpowiedź" zaznaczono „Nie".

III. W dniu 16.11.2021 r. oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza z postępowaniu.

IV. W dniu 14.12.2021 r. zamawiający unieważnił rozstrzygnięcie przetargu i przystąpił do ponownej kwalifikacji podmiotowej odwołującego - wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień: „w zakresie odpowiedzi przeczącej udzielonej na pytanie zawarte w części III dział c (...) W dniu 24.11.2021 r. Zamawiający wszedł w posiadanie informacji (w załączeniu), z których wynika, że:

A. Wykonawca BUDIMEX S.A. był stroną umowy zawartej z Wielkopolskim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, pn.: „Budowa obwodnicy Wronek w ciągu drogi wojewódzkiej nr 182 i 184: Część 1 od drogi powiatowej nr 1895P do DW 182; Część 2 od DW 184 do drogi powiatowej nr 1895P w systemie zaprojektuj i buduj", która to umowa została rozwiązana na

podstawie porozumienia stron z dnia 15.02.2019 r., a Wykonawca BUDIMEX S.A. został zobowiązany do zapłaty kwoty w wysokości 15% wynagrodzenia umownego brutto określonego w umowie na roboty budowlane, to jest kwot w wysokości 3 673 138,05 PLN oraz 3 696 581,30 PLN. Wskazane kwoty zostały wpłacone przez BUDIMEX S.A. w marcu 2019 r., a w sprawie nie toczy się postępowanie sądowe.

B. Wykonawca BUDIMEX S.A. był stroną umowy zawartej z Urzędem Miasta Tarnowa, pn.: „Budowa Centrum Przygotowań Paraolimpijskich - Przebudowa Hali Sportowo-Widowiskowej Jaskółka przy ul. Traugutta 3a", w toku realizacji której Zamawiający w związku z naruszeniem przez Budimex S.A. warunków umowy - z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, w dniu 05.06.2019 r.

naliczył Wykonawcy karę umowną w kwocie 8 773 831,27 PLN."

Jednostka zamawiająca wskazała dalej: „W aktualnie prowadzonym

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia Wykonawców, o której mowa w art. 109 ust.

1 pkt 7) ustawy Pzp, wskazując w pkt 9.2.7) IDW, że: Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę (...) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa do złożenia szczegółowych i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie powodów braku podania w JEDZ informacji przywołanych powyżej w lit. A i B."

V. Pismem z dnia 20.12.2021 r. przystępujący złożył wymagane wyjaśnienia (częściowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa) wraz z załącznikami.

VI. W dniu 08.02.2021 r. zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i odrzucił ofertę odwołującego z powodu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), zgodnie z treścią tego zawiadomienia.

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

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, ofertę odwołującego, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego była prawidłowa, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła, że zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej i zawiadomieniem o odrzuceniu oferty odwołującego (informacja z dnia 08.02.2022 r., vide pkt VI okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) zamawiający wyeliminował wykonawcę z przetargu, ponieważ stwierdził wypełnienie hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Oferta odwołującego została odrzucona w konsekwencji złożenia jej przez wykonawcę, który powinien zostać wykluczony z postępowania, gdyż przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd określony w art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Zamawiający stwierdził, że informacje te podano w części III sekcji c JEDZ, odpowiadając „nie" na pytanie dotyczące wcześniejszych umów, w korelacji z okolicznościami dotyczącymi nieterminowego wykonania umowy Budowa Centrum Przygotowań Paraolimpijskich - Przebudowa Hali Sportowo - Widowiskowej Jaskółka przy ul. Traugutta 3a (dalej jako „Hala Jaskółka"), co zdaniem jednostki zamawiającej powinno spowodować zaznaczenie przez odwołującego odpowiedzi „tak" w JEDZ.

Skład orzekający stwierdził, że stanowisko odwołującego jakoby został wyeliminowany z postępowania za brak podania całej historii kontraktowej nie znalazło potwierdzenia w materiale dowodowym. Teza wykonawcy, iż wystąpienie każdej nieprawidłowości w trakcie realizacji umowy powoduje konieczność zaznaczenia „tak" w odpowiedzi na sporne pytanie z JEDZ nie znajduje odzwierciedlenia w informacji o odrzuceniu jego oferty. Twierdzenia te nie są nawet w sposób luźny związane z czynnością zamawiającego w postępowaniu. Odrzucenie oferty jest ściśle związane z okolicznościami dotyczącymi budowy Hali Jaskółka, o których wykonawca powinien poinformować zamawiającego w JEDZ, a nie z brakiem „wskazania w JEDZ wszystkich umów, które zakończyły się rozwiązaniem umowy lub w których naliczono kary umowne".

Ponadto, przed przystąpieniem do omówienia poszczególnych okoliczności, które

zdaniem odwołującego zwalniały go z konieczności udzielenia pozytywnej odpowiedzi na sporne pytanie JEDZ, czyniąc przyjęty sposób wypełnienia JEDZ jego zdaniem uzasadnionym, należy zaznaczyć, że odwołujący został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. - wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, 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. Dla zastosowania tej podstawy wykluczenia muszą zaistnieć łącznie następujące przesłanki: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzającej zamawiającego w błąd, 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Jeżeli więc w przetargu dojdzie do wypełnienia wskazanych przesłanek, zamawiający ma obowiązek zastosować sankcję w postaci eliminacji wykonawcy z postępowania.

Zastosowanie omawianej normy, zgodnie z jej brzmieniem, nie jest zależne od tego, czy w przetargu potwierdzą się inne podstawy wykluczenia. Jest to samodzielny, odrębny przepis, który nie jest uzależniony od stwierdzenia przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (wykluczeniu podlega wykonawca który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady), co sugerował odwołujący. Argumentacja ta jest pozbawiona znaczenia, ponieważ nie to jest podstawą wyeliminowania odwołującego z przetargu, zaś zamawiający nie ma dodatkowego obowiązku udowodnienia wypełnienia hipotezy art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., aby prawidłowo wykluczyć odwołującego za przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.

Izba również zauważa, że odwołujący podnosił niekonsekwencję w działaniu zamawiającego przejawiającą się w braku wykluczenia wykonawcy za przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd w zakresie kontraktu realizowanego na rzecz Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu (budowa obwodnicy Wronek w ciągu drogi wojewódzkiej nr 182 i 184: część 1 od drogi powiatowej nr 1895P do DW 182; część 2 od DW 184 do drogi powiatowej nr 1895P w systemie zaprojektuj i buduj, por. lit. B wezwania zamawiającego z dnia 24.11.2021 r., pkt IV okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). W ocenie składu orzekającego okoliczność ta w żaden sposób nie sanuje działań odwołującego i nie ma bezpośredniego wpływu na ocenę prawidłowości wykluczenia wykonawcy z powodu wypełnienia hipotezy art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. w zakresie zatajenia w JEDZ okoliczności dotyczących realizacji Hali Jaskółka. Zamawiający raczej pomylił się na korzyść odwołującego, jednakże żaden z wykonawców uczestniczących w postępowanie nie zaskarżył tej czynności, zatem jest to poza granicami rozpoznawanego sporu.

W złożonych w przetargu wyjaśnieniach dotyczących zaznaczenia odpowiedzi „nie" na pytanie JEDZ część III sekcja c w brzmieniu: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Proszę podać odpowiedź", dotyczących realizacji kontraktu Hala Jaskółka, co podnoszono także w postępowaniu odwoławczym, odwołujący wskazał, że oparł swoje stanowisko na instrukcji UZP wypełnienia JEDZ (w szczególności str. 45 - 46 instrukcji). Izba zweryfikowała argumentację odwołującego i stwierdziła, że jest ona nieuzasadniona.

W rzeczonej instrukcji wskazano mi.in., że: „W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (...) Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje".

Interpretacja oświadczenia wykonawcy z JEDZ powinna więc następować w powiązaniu z przesłankami wykluczenia wykonawcy, a odpowiedź na omawiane pytanie (część III sekcja c JEDZ), która stała się podstawą do odrzucenie oferty odwołującego, musi być analizowana przez pryzmat przesłanek eliminacji wykonawcy, które zostały określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., a nie w oderwaniu od nich - co również nie było sporne. Oświadczenie istotne prawnie jest składane w warunkach obowiązywania konkretnych przepisów i zawsze wymaga ich analizy, dla ustalenia zakresu w jakim ma być sformułowana odpowiedź. Obowiązek informacyjny, który obciąża wykonawcę nie dotyczy więc zdarzeń innych, niż wymienione w tej normie - zdarzenia kontraktowe, które nie zostały przez ustawodawcę wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. nie podlegają notyfikacji, w tym nie ma obowiązku wskazywania całej przeszłości kontraktowej, co sugerował odwołujący.

Powyższe nie może być jednak zniekształcone i zrozumiane jako przyzwolenie na dokonywanie przez wykonawcę autorskiej oceny tego, czy w stosunku do niego zachodzą przesłanki wykluczenia, co jednak jest rolą zamawiającego. Pytanie wskazane w JEDZ jest proste, a jego formuła dotyczy obiektywnych zdarzeń i daje zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia czy problemy, na które natknął się wykonawca w toku realizacji innych inwestycji są na tyle poważne i na tyle wpływają na obraz wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Weryfikacja ta nie będzie możliwa, jeżeli wykonawca nie dokona notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ. W szczególności, że udzielenie pozytywnej odpowiedzi na sporne pytanie nie oznacza automatycznego wyeliminowania wykonawcy z postępowania, co będzie możliwe dopiero po stwierdzeniu przez zamawiającego zaistnienia wszystkich przesłanek podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Niemniej, w sytuacji, w której wykonawca nie uznaje się za podlegającego eliminacji, nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o określonych w omawianym pytaniu zdarzeniach (nie zaś o całej historii kontraktowej). Podobnie stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie wskazano: „Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który „oczyściłby się" z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musiał być transparentny w tym zakresie i „zaoferować" Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją” (tak wyrok z dnia 23.08.2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19).

Warto również zaznaczyć, że konstrukcja JEDZ umożliwia wykonawcy pełne wykazanie niepodlegania wykluczeniu i daje możliwość szerokiego odniesienia się do udzielonych informacji, oczywiście pod warunkiem, że taka informacja zostanie wskazana - po zaznaczeniu odpowiedzi „tak” na sporne pytanie w JEDZ mamy pole do wypełnienia pn. „proszę je opisać”, gdzie wykonawca ma możliwość szczegółowego odniesienia się do udzielonej odpowiedzi. Takie działanie jest stałą praktyką rynkową, potwierdzoną przez dokumenty JEDZ z innych postępowań, które na rozprawie przedłożył przystępujący Intercor (z dowodów tych wynika, że przedsiębiorcy korzystają też z możliwości złożenia oddzielnego załącznika do JEDZ tylko w tym zakresie). Udzielenie odpowiedzi „tak” otwiera drogę do rzetelnego badania zdolności podmiotowej co do okoliczności, które należy zweryfikować w ramach podstawy wykluczenia. Dokument JEDZ jest uniwersalnym oświadczeniem i nie ma przyzwolenia na podawanie w nim informacji wprowadzających w błąd, omawiane pytanie jest proste i daje zamawiającemu podstawę do rzetelnej weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawcy. Odwołujący, który zaznaczył odpowiedź „nie”, mając na uwadze okoliczności dotyczące przebiegu realizacji umowy na budowę Hali Jaskółka, zachował się nieprawidłowo. Zamawiający właściwie więc stwierdził, że informacje te powinny być elementem odpowiedzi na sporne pytanie i powodować udzielenie odpowiedzi pozytywnej, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Odwołujący nie udowodnił również, odnosząc się bezpośrednio do okoliczności dotyczących budowy Hali Jaskółka, że istniały obiektywne przesłanki powodujące, że jego odpowiedź w oświadczeniu JEDZ była prawidłowa. Co istotne, postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. Zgodnie z art. 534 ust. 1 p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to obowiązek dostarczenia organowi procesowemu środków, przy pomocy których mógłby on przekonać się o tym, że przytoczone okoliczności są prawdziwe, zaś z drugiej strony określa, kto ponosi negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, z których wywodzone są skutki prawne, który w rozpoznawanym sporze, gdzie zastosowanie znajduje klasyczny rozkład ciężaru dowodu, oznacza oddalenie odwołania.

Odwołujący podnosił, że naliczona w dniu 5 czerwca 2019 r. kara umowna z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy dotyczącej realizacji budowy Hala Jaskółka, w kwocie 8 773 831,27 zł (co nie było sporne, tak też dodatkowo wynika z korespondencji elektronicznej złożonej przez przystępującego Polaqua) nie powinna być rozpatrywana przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., na dowód czego wskazano list referencyjny wystawiony przez zamawiającego dnia 20 listopada 2019 r. oraz broszurę z opisem i wynikami konkursu Budowa Roku 2019. Odwołujący podnosił także, iż rzeczoną karę kwestionuje co do zasady i wysokości w ramach postępowania sądowego, zastrzegając ujawnione w tym zakresie szczegóły jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Naliczenie przez zamawiającego publicznego (Gmina Miasta Tarnowa) znacznej kary umownej tytułem zwłoki - zawinionego opóźnienia - w realizacji umowy o zamówienie publiczne wprost wpisuje się w przesłankę dopuszczenia się przez odwołującego nienależytego wykonania zamówienia. Złożona przez stronę referencja nie stanowi zaś

dowodu, że odwołujący nie został uznany przez zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę. Należyte wykonanie umowy nie ogranicza się bowiem do jakości wykonania, ale także do zachowania terminowości - do czego referencja w żaden sposób się nie odnosi. Zamawiający nie oświadczył w niej, że zamówienie wykonano we właściwym terminie (który jest istotnym elementem umowy, a ostatecznie jakość wykonania danej inwestycji nie zrekompensuje wprost skutków związanych z jej wydłużeniem. Innymi słowy, wykonanie zadania w wysokiej jakości nie wyeliminuje faktu ziszczenia się sytuacji nienależytego wykonania zobowiązania umownego w postaci zawinionego opóźnienia realizatorskiego). Tymczasem to właśnie terminowość realizacji umowy, gdzie doszło do zawinionego opóźnienia w realizacji, była podstawą naliczenia odwołującemu kary umownej w kwocie niemalże dziewięciu milionów złotych. Nie można więc uznać, że odwołujący przedstawiając przedmiotowy list referencyjny sprostał ciężarowi dowodu, że miał obiektywnie uzasadnione podstawy do wypełnienia JEDZ w sposób, który przyjął - że nie powinien notyfikować tych okoliczności w ramach odpowiedzi na pytanie z części III sekcji c JEDZ.

Izba wskazuje dalej, że oszczędne przywołanie w odwołaniu okoliczności, iż strony umowy budowy Hali Jaskółka znajdują się w sporze sądowym nie stanowi dowodu na nic więcej niż na fakt, że w omawianym zakresie zaistniał spór, tzn. stanowiska stron umowy są rozbieżne - zamawiający uważa, że kara była należna, a wykonawca, że nie. Fakt istnienia sporu nie przesądza również o tym, kto ma w nim rację. Okoliczność, że taki spór zaistniał nie ma w istocie żadnego istotnego znaczenia i nie można na tej podstawie uznać, że odwołujący wykazał, iż racjonalny wykonawca znajdujący się w jego sytuacji mógł wypełnić JEDZ w sposób przyjęty przez odwołującego. Jedynie dodatkowo można zauważyć, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowisko odwołującego sprowadza się do jego własnej, dość pobieżnej oceny sytuacji. Przy tym, to że wykonawca stwierdza, że jakaś okoliczność zaistniała nie oznacza, że została ona udowodniona. W szczególności, nie odniesiono się szczegółowo do faktów związanych z nieterminową realizacją zamówienia, nie mówiąc już o ich udowodnieniu - subiektywna ocena odwołującego jest bardzo ogólna i gołosłowna.

Odwołujący podnosił również, że inwestycja Hala Jaskółka została zgłoszona do konkursu Budowa Roku 2019 i zdobyła tam nagrodę. Okoliczność ta nie ma żadnego wpływu na obiektywną ocenę jak i czy należycie wykonano umowę w zakresie terminowości. Na marginesie można zaznaczyć, że inwestor stwierdził, że odwołujący dopuścił się zawinionego opóźnienia (zwłoki) w realizacji umowy i na tej podstawie naliczono karę umowną. Na określony termin wykonania umowy strony umawiają się na zasadzie swobody ukształtowania stosunku zobowiązaniowego, co oznacza, że terminy umowne nie muszą mieć żadnego powiązania z tym jak obiektywnie szybko umowa jest realizowana (jak to ocenia jury konkursu). Znaczenie dla wypełnienia JEDZ mają wyłącznie ustalenia stron - czy umowa została zrealizowana zgodnie z jej treścią. Innymi słowy fakt, że zamawiający wyznaczył określony termin realizacji zobowiązania, który przyjął odwołujący, i który nie został dotrzymany, mógłby zostać podważony wyłącznie obiektywnym dowodem wskazującym, że do zwłoki nie doszło, lub że była ona niezawinionym opóźnieniem. Natomiast omawiany dowód dotyczący konkursu nic w tym zakresie nie wnosi. Podobnie inne dokumenty złożone wraz z wyjaśnieniami w przetargu (pkt V okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), tj. fragment gazety z wywiadem, publikacje i dokument utajniony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Ponadto, naliczenie odwołującemu kary za zwłokę w zakończeniu realizacji umowy, na podstawie odpowiedniego zastrzeżenia umownego, spowodowało aktualizację odpowiedzialności odszkodowawczej - odwołujący znalazł się w sytuacji, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego, co determinowało udzielenie odpowiedzi „tak” na pytanie z części III sekcji c JEDZ. Krótko zaznaczyć wypada, że kara umowna pełni wiele funkcji, w tym funkcję odszkodowawczą. Kara za zawinione nieterminowe realizowanie umowy rekompensuje ewentualne szkody poniesione przez inwestora w wyniku braku rzetelności kontrahenta. Jak podnosił przystępujący Intercor zwłoka związana była z wadliwą realizacją dachu i jej konsekwencjami, co wprost wpisuje się w powstanie po stronie inwestora szkody, zaś obarczony ciężarem dowodowym odwołujący nie przedstawił Izbie w tym zakresie żadnego wiarygodnego dowodu.

Odwołujący nie wykazał, że nienależyte wykonanie nie dotyczyło znacznego stopnia lub zakresu zobowiązania, kiedy zdaniem przystępującego Intercor przy umowie, która miała trwać półtorej roku przekroczenie terminu wynosiło około rok, a nałożona kara stanowi niemalże 17% wartości umowy, co wprost wpisuje się w tę przesłankę. Odwołujący całkowicie pominął ten aspekt, odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste i sprowadza się do wskazania na orzecznictwo, bez niezbędnego odniesienia się do umowy dotyczącej budowy Hali Jaskółka.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że nie udowodniono

żadnego z podnoszonych przez odwołującego zobiektywizowanych czynników, które uzasadniałyby przyjęty przez niego sposób wypełnienia JEDZ, w szczególności nie udowodniono, aby podstawą oceny odwołującego było stanowisko inwestora budowy Hali Jaskółka. Odwołujący nie wykazał, że nie doszło do przedstawienia przez niego nieprawdziwych informacji, zaś zamawiający prawidłowo stwierdził, że zaszła sprzeczność pomiędzy treścią dokumentu JEDZ złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Negatywna odpowiedź na pytanie z części III sekcji c JEDZ dotyczące wcześniejszych umów jest niezgodna z rzeczywistym stanem rzeczy, mającym znaczenie dla postępowania. Zamawiający został wprowadzony przez zamawiającego w błąd, czyli nabrał mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym, co skutkowało wyborem oferty odwołującego w dniu 16 listopada 2021 r. - miało to istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Rację ma również zamawiający, który w informacji o odrzuceniu oferty podkreślał, że podanie przez odwołującego prawdy w JEDZ pozwoliłoby jednostce zamawiającej na rzetelną ocenę oferty wykonawcy, także w postaci sprawdzenia czy nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., czego zamawiający został pozbawiony. Inicjatywa w tym zakresie leżała po stronie odwołującego, a profesjonalista zdaje sobie sprawę, że udzielenie negatywnej odpowiedzi w JEDZ będzie miało realny wpływ na ocenę ofert dokonywaną przez zamawiającego, a tym samym na decyzje podejmowane w przetargu.

Zamawiający uznał, że przy przedstawieniu omawianych informacji odwołującemu należy przypisać co najmniej niedbalstwo, polegające na braku zweryfikowaniu zgodności informacji z rzeczywistością, a przy tym zachowanie wykonawcy należy oceniać przez jego zawodowy charakter (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p). Do niedbalstwa dochodzi, kiedy wykonawca wprost nie przewiduje skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, podczas gdy skutek ten mógł i powinien był przewidzieć.

W ocenie Izby odwołujący - który wiedział, że znajduje się w sporze z zamawiającym, który naliczył mu niebagatelną karę umowną w wysokości niemal dziewięciu milionów złotych za nienależyte wykonania umowy w zakresie terminowości i nie uznał wniesionego przeciwko niemu powództwa - nie mógł obiektywnie twierdzić, a nawet przypuszczać, że naliczona kara pozostaje bez znaczenia dla oceny przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Przeciwnie, każdy rzetelnie działający wykonawca ma świadomość, że prawidłowym i powszechnie przyjętym w obrocie sposobem wypełniania JEDZ (zgodnie z dokumentami JEDZ z innych przetargów, które przedłożył przystępujący Intercor, a także innymi oświadczeniami JEDZ złożonymi w tym postępowaniu) jest transparentne podanie okoliczności dotyczących naliczania kar, które mogą zostać kwalifikowane przez art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i ewentualne opisanie swojego stanowiska w tym zakresie, co JEDZ umożliwia - także, gdy wykonawca jest przekonany, że nie powinien zostać wykluczony z przetargu. Mając tą świadomość odwołujący zdecydował się zachować inaczej, czyli zataić fakt, że został tego typu karą obciążony. Z całokształtu materiału dowodowego i nieporadnych tłumaczeń odwołującego, który prezentuje niezwykle szczątkowe dowody na wykazanie swoich racji, można wyciągnąć wniosek, że odwołujący działał w sposób świadomy, a nie lekkomyślny czy niedbały. Tą świadomość ujawniono zarówno w niniejszym postępowaniu, wskazując, że dokonano własnej oceny z uwagi na szczególne okoliczności, iż ta konkretna kara jego zdaniem nie powinna być kwalifikowana przez art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., gdzie ani kary, ani tych okoliczności nie ujawniono zamawiającemu, jak również w innym postępowaniu, gdzie prezentowano stanowisko, że tego typu kary powinny być ujawniane (zgodnie z dowodami złożonymi przez przystępującego Polaqua przy piśmie procesowym z dnia 04.03.2022 r.). Niemniej, skoro doszło do wprowadzenia w błąd w bardziej surowym standardzie zawinienia, to tym bardziej mniej surowy standard przyjęty przez zamawiającego jest zgodny z prawem, i korzystny dla wykonawcy.

Ponadto, naruszenie zasady proporcjonalności podniesiono w odwołaniu hasłowo, zaś ustalony stan rzeczy obiektywnie przeczy temu, aby działanie zamawiającego naruszało art. 16 pkt 3 p.z.p. Obarczony ciężarem dowodu odwołujący nie wykazał, aby wykluczenie go z przetargu było działaniem nieproporcjonalnym.

W konsekwencji powyższego, Izba oddaliła zarzuty nr 1 i 2 z petitum odwołania, jako zarzuty nieudowodnione przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu również naruszenie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania do udzielenia dalszych wyjaśnień dotyczących treści JEDZ i motywów złożenia w nim oświadczenia o określonej treści, celem ostatecznego rozwiania ewentualnych dalszych wątpliwości zamawiającego odnośnie braku spełnienia po stronie odwołującego przesłanek do jego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (zarzut nr 3).

Skład orzekający stwierdził, że zarzut podlega oddaleniu i w tym zakresie podziela w całości trafne stanowisko przystępującego Intercor. Nie ma żadnych podstaw, aby uznać, że odrzucenie odwołującego z postępowania ma charakter przedwczesny, i że zamawiający

powinien prowadzić dalsze działania celem wyjaśnienia problemów z realizacjami wcześniejszych kontraktów. Co prawda, art. 128 ust. 4 p.z.p. nie wyłącza możliwości prowadzenia postępowania wyjaśniającego poprzez wielokrotne wzywanie wykonawcy, jednakże nie dotyczy to sytuacji, w których wykonawca przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd. Tutaj dyspozycja ustawodawcy jest jednoznaczna, takiego wykonawcę należy wykluczyć (art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), a jego ofertę należy odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a p.z.p.).

Przyjęcie innego stanowiska prowadziłoby do sytuacji niedającej się pogodzić z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy, w której wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd na temat swojej przeszłości kontraktowej (zatajając określone fakty), licząc na to, że nawet jeśli zamawiający posiądzie o nich wiedzę, to i tak będzie zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy z wnioskami o wyjaśnienia w zakresie przyczyn tych problemów.

Taka sytuacja byłaby nieakceptowalna z perspektywy całego systemu zamówień publicznych, oznaczałaby ona wręcz przyzwolenie na podawanie przez wykonawców nieprawdziwych informacji. Przy tym podstawa eliminacji odwołującego z postępowania, czyli art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., systemowo pełni także rolę prewencyjną, jego celem jest nie tylko wykluczenie nierzetelnych wykonawców, ale również zapewnienie, że wykonawcy nie będą zachęcani przez zbyt pobłażliwe normy prawne do usiłowania wprowadzenia w błąd zamawiającego, z ewentualną opcją na „poprawę" czy „pełniejsze wyjaśnienie" swojego działania w przypadku, gdy ich zachowanie zostanie wykryte.

W ocenie Izby dalsze prowadzenie procedury wyjaśniającej byłoby także działaniem niecelowym. Po pozyskaniu informacji o nieujawnionych w JEDZ problemach kontraktowych zamawiający prawidłowo zapytał tego wykonawcę o te okoliczności, uzyskując potwierdzenie, że w zakresie budowy Hali Jaskółka doszło do naliczenia niebagatelnej kary umownej za zawinione opóźnienie realizatorskie, więc kontynuacja postępowania wyjaśniającego jest zbędna. Dla ustalenia faktu zatajenia informacji nie jest konieczne dopytywanie wykonawcy o większą ilość szczegółów.

Odwołujący nie wykazał również zarzucanego zamawiającemu naruszenia zasad naczelnych ustawy p.z.p., kiedy w ustalonym stanie rzeczy kontynuacja postępowania wyjaśniającego wobec wykonawcy, który wprowadził zamawiającego w błąd, wprost prowadziłaby do nieuprawnionego uprzywilejowania odwołującego, czyli naruszenia przez zamawiającego zasad generalnych wskazanych w art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p.

Skład orzekający uznał za bezpodstawny także zarzut nr 4 - naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 w zw. z art. 110 ust. 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do poprawienia treści JEDZ oraz do umożliwienia przedstawienia dowodów mających zapobiec jego wykluczeniu z postępowania.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinien dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Warunkiem skorzystania z przywrócenia wiarygodności zawodowej przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu, jest przyznanie się do popełnionego błędu (podstawy wykluczenia), poprzez złożenie stosownego oświadczenia w JEDZ. Natomiast odwołujący konsekwentnie stał na stanowisku, że nie doszło do wypełnienia przesłanek wykluczenia, co uniemożliwia zastosowanie procedury self-cleaningu (art. 110 ust. 2 p.z.p.). Odwołujący nie próbował w przetargu przywrócić swojej wiarygodności korzystając z procedury samooczyszczenia, takie stanowisko pojawiło się dopiero w postępowaniu odwoławczym i to nadal z jednoczesnym negowaniem przyczyn, w związku z którymi miałoby dojść do samooczyszczenia. Przyzwolenie na takie działanie zupełnie wypaczałaby cel instytucji self-cleaningu. To wykonawca winny wprowadzenia zamawiającego w błąd powinien zainicjować procedurę samooczyszczenia, zanim ten fakt uświadomi sobie zamawiający (zanim pozyska informacje, że zaistniała podstawa wykluczenia). Wykonawca „złapany za rękę" nie może dostać szansy podjęcia działań naprawczych, co byłoby także sprzeczne z zasadami generalnymi p.z.p. - zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie wniosku odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dwóch opinii prawnych i stanowiska PZPB na okoliczność sposobu wypełnienia JEDZ, konieczne wydaje się przypomnienie, że dowody w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą są powoływane na okoliczność stwierdzenia faktów (art. 534 ust. 1 p.z.p.). Natomiast wnioski dowodowe powoływane na okoliczność sądów, ocen, wyrażenia stanowiska co do tego jak należy coś interpretować (w tym inne dowody), stanowiska co do wykładni, czy polemik o charakterze prawnym, są z zasady niedopuszczalne, jako nieznane procedurze postępowania przed Izbą. Omawiane „dowody" maja właśnie taki charakter - nie zostały powołane na okoliczność faktów, a stanowią nic więcej, jak próbę transponowania do materiału dowodowego ocen i przekonań autorów tych dokumentów, głównie w zakresie ogólnych wytycznych, które nie są nawet luźno związane z ustalonym stanem rzeczy

rozpoznawanego sporu.

Izba włączyła w poczet materiału procesowego złożone przez odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień z innych oddziałów GDDKiA i wyciągi umów, które okazały się nieprzydatne dla ustalenia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozpoznawanego odwołania. W szczególności dokumenty dotyczące kontraktów przystępującego Intercor nie dotyczą przedmiotu sporu. Podobnie jak protokół z dnia 05.02.2020 r., który nie dotyczy okoliczności badanych przez zamawiającego w postępowaniu i wykracza poza zakres zaskarżenia. Natomiast przedłożone dokumenty z przetargu już się ex lege znajdowały w aktach postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 poz. 2453).

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

W konsekwencji powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....