

WYROK

z dnia 14 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 12 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 czerwca 2022 r. przez odwołującego COMPLEX MAINTENANCE SERVICES spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radymnie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z Oddział w Lublinie w przy udziale wykonawcy ZABERD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą, oraz kwotę 788 zł 99 gr (słownie: siedemset osiemdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) poniesioną przez Odwołującego z tytułu dojazdu, a także 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) poniesioną przez Odwołującego z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

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 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), 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:

Sygn. akt: KIO 1647/22

UZASADNIENIE

Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z Oddział w Lublinie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi bieżącego utrzymania dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Lublinie Rejon w Kraśniku” Część 2 zamówienia: „Utrzymanie estetyki na drodze ekspresowej S19”. Nr postępowania : O.LU.D-3.2413.20.2021.db.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 listopada 2021 r., nr S230 604904-2021-PL.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym COMPLEX MAINTENENCE SERVICES spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radymnie (dalej: „Odwołujący”) 20 czerwca 2022 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego polegających na:

1) wykluczeniu Odwołującego i w konsekwencji odrzuceniu jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp,

2) zaniechaniu wskazania w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie którego Zamawiający uznał, że zostały spełnione przesłanki wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp,

ewentualnie

3) zaniechaniu wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia i powodów złożenia w nim oświadczenia o określonej treści - Części III Podstawy wykluczenia, Sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi — 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?” i rozwiania ewentualnych wątpliwości Zamawiającego dotyczących przesłanek wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp,

4) zaniechaniu odstąpienia od wykluczenia Odwołującego na ww. podstawie z uwagi na oczywistą nieproporcjonalność wykluczenia wobec zakresu nienależytego wykonania przez Odwołującego umowy nr O.LU.D-3.2413.22.2019.cz.2.af z dnia 4 maja 2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. w zw. z art. 16 pkt 1 3 Pzp przez uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania,

podczas gdy nie zaistniały przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, w szczególności do nieterminowego wykonania w ramach umowy nr O.LU.D-3.2413.22.2019.cz.2.af z dnia 4 maja 2020 r. w zakresie dziewięciu zleceń doszło z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego, jak również nie doprowadziło ono do odszkodowania na rzecz Zamawiającego, a w konsekwencji poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania,

2) art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niewskazanie w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie którego Zamawiający uznał, że zostały spełnione przesłanki wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp,

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 i 2 Odwołujący zarzuca naruszenie:

3) art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia i motywów złożenia w nim oświadczenia o określonej treści - Części III Podstawy wykluczenia, Sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi — 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?” i rozwiania ewentualnych wątpliwości Zamawiającego dotyczących przesłanek wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp;

4) art. 109 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odstąpienia od wykluczenia Odwołującego, podczas gdy, pozostaje ono w oczywistej nieproporcjonalności wobec zakresu nienależytego wykonania przez Odwołującego umowy nr O.LU.D-3.2413.22.2019.cz.2.af z dnia 4 maja 2020 r.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- 2) powtórne badania i ocenę ofert.

Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika według norm przepisanych na podstawie rachunków, które zostaną przedłożone na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że jest uczestnikiem postępowania, a jego oferta znajdowałaby się na pierwszej pozycji w rankingu ofert, gdyby Zamawiający w sposób niezgodny z Pzp nie dokonał jej odrzucenia. Na skutek niezgodnych z Pzp czynności Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia. W przypadku uznania przez Izbę zasadności odwołania, Zamawiający zobowiązany będzie do przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w petitum odwołania i wynikających z jego uzasadnienia, Odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu Odwołującego możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację, w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że 10 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował

wykonawców uczestniczących w Postępowaniu o wyborze oferty ZABERD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako: „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej, jak również o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Odwołujący wskazał, że jako uzasadnienie powyższej czynności, Zamawiający wskazał nienależyte wykonywanie przez niego umowy nr O.LU.D-3.2413.22.2019.cz.2.af z dnia 4 maja 2020 r. (dalej jako: „Umowa”), co doprowadziło do naliczenia mu kar umownych w wysokości 105.255,27 zł. W ocenie Zamawiającego powyższa okoliczność spełnia przesłanki wykluczenia Odwołującego z Postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, a następnie odrzucenia jego oferty.

Zdaniem Odwołującego powyższa czynność Zamawiającego jest niezgodna z ustawą Pzp. W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że nie została spełniona żadna z przesłanek określonych przez ustawodawcę w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. W konsekwencji Odwołujący nie był zobowiązany do udzielenia w Części III Podstawy wykluczenia, Sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi - dokumentu JEDZ odpowiedzi „TAK” 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?”.

Odwołujący zaprzeczył, aby w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyte wykonał albo długotrwale nienależyte wykonywał istotne zobowiązania wynikające z Umowy. Odwołujący wyjaśnił, że w ramach Umowy, która dalej obowiązuje, Zamawiający udzielił Odwołującemu do dnia odrzucenia jego oferty łącznie 155 zleceń, a nie jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu tej czynności tylko 84. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający błędnie interpretuje ilość zleceń udzielanych w ramach Umowy, gdyż dziewięć spośród nich tj. zlecenie nr 1/cz.2/2020; 2/cz.2/2020; 51cz.212020; licz.2/2021; 2/cz.2/2021; 5/cz.2/2021; 1/cz.2/2022; 2/cz.212022; 51cz.212022; nie stanowią jednorazowych zleceń, lecz są wykonywane są przez Odwołującego cyklicznie i usługi nimi objęte w danym okresie rozliczeniowym stanowią niezależny przedmiot zlecenia. Co więcej, usługi te odbierane są przez Zamawiającego comiesięcznie na podstawie odrębnych protokołów odbioru. Spośród wszystkich udzielonych zleceń Odwołujący nie wykonał w terminie wyłącznie następujących zleceń:

L.p.	Numer zlecenia	Przedmiot zlecenia
1	31cz.2/2020	kompleksowe i mechaniczne koszenie traw
2	4/cz.2/2020	kompleksowe i mechaniczne koszenie traw
3	6/cz.2/2020	oczyszczanie cieków. oczyszczanie jezdni, czyszczenie dylatacji, wpustów
	7/cz.2/2020	odchwaszczanie powierzchni utwardzonych prefabrykowanymi elementami betonowymi oraz tłuczniowych za pomocą środków chemicznych
5	8/cz.2/2020	oczyszczanie jezdni przy krawężnikach, udrożnianie i oczyszczenie przykanalików, czyszczenie cieków przykrawężnikowych, dylatacji, czyszczenie wpustów mostowych
6	9/cz.2/2020	oczyszczanie studzienki rewizyjnej lub studzienki ściekowej. udrożnianie i oczyszczenie przykanalików
7	10/cz.2/2020	oczyszczanie ścieków przykrawężnikowych, ścieków odwodnienia liniowego, ścieków skarpowych
8	12/cz.2/2020	oczyszczanie jezdni przy krawężniku, oczyszczanie ścieków przykrawężnikowych, oczyszczanie elementów obiektu mostowego, oczyszczanie wpustów mostowych
9	13/cz.2/2020	oczyszczanie ścieków przykrawężnikowych, ścieków odwodnienia liniowego, ścieków skarpowych

10	04/cz.2/2021	zamiatanie mechaniczne dróg
11	05/cz.2/2021	oczyszczanie separatorów, piaskowników, zbiorników i osadników z odpadów stałych i szlamów wraz z wywozem i utylizacją
12	08/cz.2/2021	oczyszczanie nawierzchni chodników wraz z wywiezieniem zebranych nieczystości
13	09/cz.2/2021	kompleksowe mechaniczne i ręczne koszenie traw w granicach pasa drogowego
14	10/cz.2/2021	oczyszczanie jedni przy krawężnikach: ścieków przykrawężnikowych, czyszczenie wpustów mostowych
15	11/cz.2/2021	oczyszczanie jezdni przy krawężnikach, ścieków przykrawężnikowych, odwodnienia liniowego, czyszczenie wpustów mostowych
16	12/cz.2/2021	usuwanie graffiti
17	14/cz.2/2021	kompleksowe mechaniczne i ręczne koszenie traw w granicach pasa drogowego
18	18/cz.2/2021	oczyszczenie jezdni przy krawężnikach i opaski wraz z krawężnikami i obrzeżami z ziemi, śmieci i innych zanieczyszczeń, odchwaszczanie powierzchni utwardzonych, oczyszczenie ścieków - DK 12 obwodnica Piask
	20/cz.2/2021	zamiatanie mechaniczne nawierzchni dróg, oczyszczanie ścieków przy krawężnikowych, ścieków odwodnienia liniowego, ścieków skarpowych
20	22/cz.2/2021	DYS
21	23/cz.2/2021	prace porządkowe obiekty
22	27/cz.2/2021	Pielęgnacja drzewek, utrzymanie młodych nasadzeń
23	30/cz.2/2021	Odchwaszczanie powierzchni utwardzonych, oczyszczanie ścieków
24	36/cz.2/2021	oczyszczanie ścieków, odchwaszczanie powierzchni utwardzonych , oczyszczanie i udrożnianie studzienki rewizyjnej
25	37/cz.2/2021	kompleksowe mechaniczne i ręczne koszenie traw w granicach pasa drogowego

Odwołujący zaprzeczył również aby Zamawiający naliczył Odwołującemu kary umowne z tytułu nieterminowego wykonania wszystkich ww. zleceń. Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 15 ust. 6 Umowy „Termin zapłaty kary umownej wynosi 14 dni od dnia doręczenia Stronie noty księgowej. W razie opóźnienia z zapłatą kary umownej Strona uprawniona do otrzymania kały umownej może żądać odsetek ustawowych za opóźnienie za każdy dzień opóźnienia.” Odwołujący wyjaśnił, że podstawą naliczenia kar umownych §15 ust. 1 pkt 1 .1 Umowy (dalej jako „Kary umowne”), wyłącznie za nieterminowe wykonanie 9 zleceń (dalej łącznie jako „Zlecenia”), co zostało stwierdzone wystawionymi w dniu 4 maja 2021 r. notami księgowymi:

L.p.	Numer i data wystawienia noty księgowej	Numer Zlecenia, którego dotyczy kara umowna	Wysokość naliczonej kary umownej
	4072100050	3/cz.2/2020	1.322,75

2	4072100051	4/cz.2/2020	47.925,00 zł
3	4072100052	6/cz.2/2020	1.500,00 zł
4	4072100053	7/cz.2/2020	100,00 zł
5	4072100059		5.200,00 zł
6	4072100054	Ucz. 2/2020	3.400,00 zł
7	4072100055	9/cz.2/2020	1.429,12 a
8	4072100056	10/cz.2/2020	158,23 zł
9	4072100057	12/cz.2/2020	2.500,00 zł
10	4072100058	13/cz.2/2020	400,00 zł
Łączna wysokość naliczonych Odwołującemu kar umownych			63.935,10 zł

W ocenie Odwołującego niewykonanie Zleceń w terminie nie może być kwalifikowane jako nienależyte wykonywanie Umowy (udzielanych w jej ramach zleceń) w znacznym stopniu albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań wynikających z Umowy. Zdaniem Odwołującego jest przeciwnie, potwierdza to, że w znacznej większości Odwołujący wykonywał Umowę w sposób należyty, a niewykonane w terminie Zleceń miało charakter marginalny i stanowiło niewielką część wszystkich zleceń udzielanych Odwołującemu (Zamawiający naliczył karę umowną Odwołującemu wyłącznie za 9 zleceń niewykonanych w terminie spośród wszystkich 155 udzielonych zleceń). Ponadto, zdaniem

Odwołującego o należytych wykonywaniu Zleceń świadczy również treść protokołów odbioru

usług nimi objętymi (dalej jako „Protokoły odbioru Zleceń”):

L.p.	Numer protokołu odbioru	Numer Zlecenia
	01/07/2020	3/cz.2/2020
2.	01/12/2020	4/cz.2/2020
3.	04/07/2020	6/cz.2/2020
4.	07/07/2020 i 02/10/2020	7/cz.2/2020
5.	01/08/2020	8/cz.2/2020
6.	03/08/2020	9/cz.2/2020
7.	02/07/2020	10/cz.2/2020
8.	nr04/08/2020	12/cz.2/2020
9.	02/09/2020	13/cz.2/2020

Odwołujący wskazał, że z Protokołów odbioru Zleceń (z wyjątkiem Protokołu odbioru Zlecenia nr 4/cz.2/2020 i nr 7/cz.2/2020) wynika jednoznacznie, że Zamawiający:

- a) ocenił wykonane usługi pod względem technicznym i technologicznym jako prawidłowe (pkt 4),
- b) nie stwierdził wad o charakterze trwałym w wykonanych robotach (pkt 5),
- c) dokonał ogólnej oceny wykonanych w ich ramach usług jako „dobra” (pkt 6).

Nie ulega wątpliwości, że gdyby Zamawiający zgłaszał jakiegokolwiek wątpliwości do wykonanych przez Odwołującego Zleceń, zawarłby w Protokołach odbioru Zleceń stosowne zastrzeżenia i uwagi.

Odwołujący wskazał ponadto, że powyższa wykładnia pierwszej z przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp prezentowana jest również w orzecznictwie sądów. Odwołujący przywołał stanowisko zawarte w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 21 maja 2021 r. „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 ZamPublU, 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.” (obecnie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Odwołujący wskazał, że odnosząc pierwszą z przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp do oceny sposobu wykonywania przez Odwołującego Umowy (Zleceń) należy mieć również na uwadze na wytyczne wskazane 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. Wskazano w nim, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. 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 wskazał też, że wskazówkę interpretacyjną może stanowić również treść w art. 57 ust. 4 lit. g tej dyrektywy, zgodnie z którą instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Odwołujący zaprzeczył również, aby do niewykonania w terminie Zleceń doszło z przyczyn leżących po jego stronie, a co za tym idzie, aby Zamawiający był uprawniony do naliczenia Kar umownych przysługujących na podstawie S 15 ust. 1.1. Umowy tj. „za zwłokę w wykonaniu usług w stosunku do wskazanego w pisemnym zleceniu terminu na zakończenie usług w wysokości 0,1% wartości usług realizowanych w oparciu o pisemne zlecenie, lecz nie mniej niż 100,00 zł (słownie: sto złotych 00/100) za każdy dzień zwłoki, z zastrzeżeniem, że kara nie może przekroczyć 60% wartości zlecenia”.

Odwołujący wskazał, że przyczynami nieterminowego wykonania Zleceń były:

- a) opóźnienia w realizacji umowy podwykonawczej nr 1/2020 z dnia 15 maja 2020 r. przez podwykonawcę Elpezet Sp. z o.o., któremu Odwołujący powierzył wykonanie Zleceń nr 3/cz.2/2020, 4/cz.2/2020 i 1 Olcz.2/2020;
- b) absencja pracowników Odwołującego i ww. podwykonawcy z uwagi na zakażenia koronawirusem SARS-CoV-2 lub ich przebywanie na kwarantannie — wszystkie

Zlecenia były realizowane w czasie pandemii SARS-CoV-2, a co za tym idzie

Odwołujący, jak i jego pracownicy zobowiązani byli do stosowania się do obowiązujących ograniczeń;

- c) niesprzyjające warunki atmosferyczne:

Odwołujący wskazał, że Zamawiający był informowany przez Odwołującego każdorazowo o możliwościach i przyczynach mogącego wystąpić opóźnienia w wykonaniu Zleceń. W konsekwencji Zamawiający w toku wykonywania Umowy miał pełną świadomość możliwości wystąpienia opóźnienia oraz okoliczności, które mogą je wywołać.

Zdaniem Odwołującego brak jest również podstaw do uznania, aby spełniona została wobec Odwołującego trzecia przesłanka wykluczenia z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. aby niewykonanie Zleceń w terminie doprowadziło do odszkodowania. Ustawodawca w sposób jednoznaczny posłużył się bowiem w tym przepisie sformułowaniem „odszkodowanie”, a nie karą umowną z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, o której mowa w art. 483 § 1 KC. Gdyby jego intencją było dopuszczenie uprawnienia do wykluczenia wykonawców, którym zamawiający naliczył karę umowną, posłużyłby się przy formułowaniu tej przesłanki takim wyrażeniem, jak ma to miejsce w innych przepisach Pzp, a nie odszkodowaniem.

Powyższy pogląd prezentowany jest również w literaturze „najczęściej występujący skutek nienależytego wykonania umowy, tj. naliczenie kar umownych, nie będzie stanowił podstawy wykluczenia. Odwołujący przyznał, że kary umowne traktowane są w doktrynie jako zryczałtowane odszkodowanie, niemniej jednak przepis ten „nie posługuje się pojęciem kar umownych. Na tle art. 484 § 1 KC 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”?

W ocenie Odwołującego nawet w przypadku przyjęcia, że przesłanka doprowadzenia do „odszkodowania” odnosi się również do kar umownych, nie może się ona mieć zastosowania do każdej kary umownej; lecz wyłącznie tej, która ma charakter kompensacyjny (odszkodowawczy). Powyższy pogląd jest prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym: „nie każda kara umowna automatycznie będzie mieści się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, lecz jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Określone w umowach kary mogą bowiem pełnić różne funkcje, w zależności od sposobu ukształtowania postanowień umownych, nie tylko funkcję kompensacyjną”.

Odwołujący argumentował, że z uwagi na charakter usług objętych Zleceniami tj. prac z zakresu estetyki infrastruktury drogowej (szczegółowy opis przedmiotu zleceń został określony w pkt 6 odwołania), niewykonanie ich w terminie nie prowadziło do wyrządzenia Zamawiającemu jakiegokolwiek szkody, w tym w infrastrukturze drogowej przez niego zarządzanej. Kara umowna nie pełniła zatem funkcji odszkodowawczej i nie stanowiła zryczałtowanego odszkodowania, mającego kompensować Zamawiającemu majątkowe i niemajątkowe uszczerbki z tytułu braku osiągnięcia zakładanych rezultatów Umowy (Zleceń).

Odwołujący przekonywał, że naliczenie przez Zamawiającego Kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania Zleceń miała wyłącznie charakter represyjny lub dyscyplinujący - stymulujący wykonanie zobowiązania. Brak jest podstaw w świetle wskazania przez ustawodawcę w omawianym przepisie na konieczność doprowadzenia do „odszkodowania”, aby ocena tej przesłanki dokonywana była w oderwaniu od odszkodowawczego charakteru kary umownej i miała zastosowanie wobec wszystkich kar umownych. Potwierdzeniem braku kompensacyjnego charakteru naliczonych Odwołującemu Kar umownych jest również, zdaniem Odwołującego, brak dokonania przez Zamawiającego potrącenia wierzytelności z nich wynikających z wierzytelnościami Odwołującego z tytułu wynagrodzenia umownego 'ub skorzystania z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy wniesionego przez Odwołującego. Nie ulega wątpliwości, że gdyby Kary umowne naliczone zostały w celu zrekomensowania Zamawiającemu jakiegokolwiek szkody, skorzystałby on z tego uprawnienia lub wystąpił z powództwem o zapłatę do sądu. Odwołujący wskazał też, że niewykonanie Zleceń w terminie nie miało również w wpływu na ich przydatność dla Zamawiającego. Potwierdza to przywołane powyżej adnotacje w treści Protokół odbioru Zleceń, które oceniały ogólny stan wykonanych usług jako „dobry” i prawidłowy pod względem technicznym i technologicznym. O przydatności wykonanych Zleceń po ich terminie świadczy również brak przedniego powierzenia ich wykonania zastępczego podmiotom trzecim.

Odwołujący zwrócił uwagę, że naliczanie kar umownych w toku wykonywania umów na usługi bieżącego utrzymania dróg są zjawiskiem powszechnym, stosowanym przez Zamawiającego z różnych powodów i w różnych okolicznościach. Z uwagi natomiast na marginalny charakter Kar umownych naliczonych Odwołującemu nie było podstaw do jego wykluczenia. Przedmiot Zleceń (Umowy) został wykonany zgodnie z jej warunkami, co potwierdza treść Protokołów odbioru Zleceń.

Niezależnie od powyższego, nawet w przypadku uznania, że przesłanka doprowadzenia do „odszkodowania” odnosi się do każdej kary umownej, w ocenie Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do naliczenia Wykonawcy kar umownych za nieterminowe wykonanie Zleceń, gdyż skorzystanie tego uprawnienia było uzależnione od

wystąpienia zwłoki Odwołującego. Jak zostało wskazane w poprzedniej części uzasadnienia

odwołania, niewykonanie Zleceń nie nastąpiło jednak na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Odwołujący. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego o zwłoce

Odwołującego nie świadczy wyłącznie wskazanie na nią w nocie obciążeniowej. Sam fakt

nałożenia kary umownej nie skutkuje automatycznie domniemaniem, że niewykonanie lub

nienależyte wykonanie zobowiązania z umowy nastąpiło z przyczyn obciążających wykonawcę.

Odwołujący zaprzeczył również, jakoby nie kwestionował naliczanych przez Zamawiającego Kar umownych. Żadna z naliczonych Odwołującemu Kar umownych nie

została bowiem przez niego zapłacona. W przypadku natomiast wystąpienia przez

Zamawiającego do sądu z powództwem o zapłatę naliczonych kar umownych będzie ono

kwestionowane przez Odwołującego.

Odwołujący stoi na stanowisku, że o bezzasadności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp świadczy również dokonana przez Zamawiającego ocena ofert wykonawców — ZABERD i B.-Standard Sp. z o.o. z siedzibą w Oleśnicy (dalej jako „B.-Standard”). Zamawiający nie dokonał bowiem wykluczenia ZABERD i B.-Standard z Postępowania, którym podobnie jak Odwołującemu naliczył kary umowne z tytułu nienależytego wykonywania na jego rzecz umów na usługi bieżącego utrzymania dróg przez niego zarządzanych. Odwołujący podkreślił, że okoliczność naliczenia kar umownych ww. wykonawcom jest bezsporna, gdyż Zamawiający sam przyznał ją udzielając odpowiedzi na wnioski o dostęp do informacji publicznej. Odwołujący podkreślił, że każdy z ww. wykonawców, podobnie jak Odwołujący, udzielił w Części Podstawy wykluczenia, Sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi - dokumentu JEDZ odpowiedzi „NIE” 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?”. Wobec powyższego działania Zamawiającego w stosunku do Odwołującego i ww. wykonawców pozostają w sprzeczności i są niekonsekwentne. Zamawiający działając na podstawie tych samych przepisów prawa, w tym samym postępowaniu dokonał różnej interpretacji i zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Odwołujący wskazał, że z jednej strony, Zamawiający uznał, że wobec Odwołującego zachodzą podstawy do wykluczenia na podstawie naliczenia kar umownych 109 ust. 1 pkt 7) Pzp z uwagi na naliczenie mu kar umownych w wysokości 63.935,10 zł. Z drugiej natomiast, że naliczenie każdemu z ww. wykonawców kar umownych w łącznej wysokości kilkakrotnie

większej niż Odwołującemu tj. 478.000,00 zł (B.-Standard) i 2.187.726,31 zł (ZABERD), nie spełnia przesłanek do, wykluczenia ich na tej podstawie.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający prowadząc Postępowanie, w tym dokonując oceny ofert wykonawców, zobowiązany jest do stosowania zasad określonych w art. 16 Pzp tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności. Zachowanie Zamawiającego (polegające na zaniechaniu dokładnego przeanalizowania stanu faktycznego w odniesieniu do spełnienia wszystkich przesłanek wykluczenia) stoi więc w sprzeczności z ww. zasadami, a które są szczególnie istotnie przy ocenie fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wykluczając Odwołującego z Postępowania oraz w konsekwencji odrzucając jego ofertę naruszył wszystkie z wymienionych zasad.

Pomimo złożenia przez Odwołującego najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu został on potraktowany w sposób odmienny niż znajdujący się niżej w rankingu oceny ofert wykonawcy tj. ZABERD i B.-Standard, a co do których zachodzi taka sama okoliczność tj. naliczenie kar umownych przez Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnia, że jak wynika z informacji z Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 8 listopada 2021 r., na podstawie art. 494 S 1 KSH nastąpiło połączenie spółki ZABERD Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (spółka przejmująca) ze spółką ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu (NIP894-31638-37, REGON 388151617, KRS 0000883006). Spółka ZABERD sp. z o.o. wstąpiła z tym dniem we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej, w tym umowy zawarte z Zamawiającym.

Odwołujący zarzucił ponadto, że Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu o jego oferty nie wykazał, aby zaszły wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. W uzasadnieniu tej decyzji ograniczył się wyłącznie do wskazania na jedną okoliczność tj. naliczenia Odwołującemu kary umownej, co jest jednak niewystarczające dla uznania, że podlega on wykluczeniu na podstawie tego przepisu. W poprzedniej części odwołania wykazane zostało, że nawet i informacja Zamawiającego odnosząca się do wysokości naliczonej kary umownej nie jest prawdziwa.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający pominął natomiast całkowicie w uzasadnieniu wykazanie pozostałych przesłanek wynikających z tego przepisu tj. aby nieterminowe wykonanie Zleceń udzielanych na podstawie Umowy było wynikiem działań leżących po stronie Odwołującego, rodzaju „stopnia lub zakresu” nienależytego wykonania Zleceń, jak również „istotności” nieterminowego ich wykonania w kontekście całej Umowy. Zamawiający ograniczył się do podania ogólnego i nieprecyzyjnego uzasadnienia swojej decyzji, prezentując w dużej mierze stanowisko literatury dotyczącego stosowania podanych przesłanek wykluczenia, bez odniesienia tych poglądów do przedmiotowej sprawy.

Odwołujący wskazał, że zaniechanie Zamawiającego w powyższym zakresie uniemożliwia zapoznanie się Odwołującemu i innym wykonawcom z uzasadnieniem jego

decyzji i podjęcia środków mających na celu ochronę ich interesu, w tym przez złożenie odwołania od tej czynności.

Odwołujący podniósł, że w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów przez Izbę Odwołujący zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wezwania go przed odrzuceniem jego oferty do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia i powodów złożenia w nim oświadczenia o określonej treści - Części III Podstawy wykluczenia, Sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi — 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?” i rozwiania ewentualnych wątpliwości Zamawiającego dotyczących przesłanek wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Posiadając wiedzę i świadomość o sposobie realizacji Umowy Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień i odniesienia się do przytoczonych powyżej okoliczności faktycznych i prawnych, w tym wyjaśnienia, dlaczego w JEDZ część III, sekcja C w odpowiedzi na pytanie dotyczące rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji odwołujący zaznaczył odpowiedź „NIE”. Odwołujący wskazał, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w ww. trybie umożliwiłoby Odwołującemu przedstawić powody uzasadniające udzielenie powyższej odpowiedzi w JEDZ i rozwiać wątpliwości Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zobowiązany był również do odstąpienia od wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 3 Pzp, gdyż wykluczenie wykonawcy z postępowania byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Jak wskazał Odwołujący, nieproporcjonalność tej czynności Zamawiającego wobec skali niewykonania Umowy w terminie (Zleceń) Odwołującego jest rażąca, widoczna na pierwszy rzut oka i prowadzi do jego pokrzywdzenia. W ocenie Odwołującego niewykonanie Umowy (Zleceń) miało charakter incydentalny (naliczono Kary umowne za nieterminowe wykonanie 9 Zleceń w stosunku do wszystkich 155 udzielonych zleceń), i nie dotyczyło istotnych jej elementów, co zostało potwierdzone w Protokołach odbioru Zleceń.

W złożonej pismem z 8 lipca 2022 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu

rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne oraz ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca ZABERD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (tj. Przystępujący).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie, jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody, w tym dowody (kopie) złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem oraz

częściowo przez Przystępującego (skany) wraz z pismem procesowym z 11 lipca 2022 r., tj.

- 1) Umowa nr O.LU.D-3.2413.22.2019.cz.2.af z dnia 4 maja 2020 r. wraz z opz;
- 2) Noty księgowe nr 4072100050-4072100059;

3)	Protokoły odbioru zleceń udzielonych w ramach Umowy w 2020 r.;	Odwołującemu	przez	Zamawiającemu	w
4)	Protokoły odbioru zleceń udzielonych w ramach Umowy w 2021 r.;	Odwołującemu	przez	Zamawiającemu	w
5)	Protokoły odbioru zleceń udzielonych w ramach Umowy w 2022 r.;	Odwołującemu	przez	Zamawiającemu	w

- 6) Umowa podwykonawcza nr 1/2020 z dnia 15 maja 2020 r. wraz z udzielonymi zleceniami;
- 7) Pismo Odwołującego z dnia 3 września 2020 r.;
- 8) Pismo Odwołującego z dnia 18 lipca 2020 r.;
- 9) wiadomość e-mail Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2022 r.;
- 10) pismo Zamawiającego z dnia 5 maja 2022 r. (nr O/OP.D-5.0130.35.2022.AA);
- 11) pismo Zamawiającego z dnia 5 maja 2022 r. (nr O/OL.D-5.0130.33.1.2022.KG);
- 12) pismo Zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2022 r. (nr O/LU.Z-12.0130.2.2022.ZK);
- 13) pismo Zamawiającego z dnia 4 maja 2022 r. (nr O/PO.D-5.0130.30.2022.AC);
- 14) pismo Zamawiającego z dnia 4 maja 2022 r. (nr O/GD.5-5/051/3/2022/PM);
- 15) pismo Zamawiającego z dnia 5 maja 2022 r. (nr O/SZ.Z-15.0130.3.2022.OD);
- 16) pismo Zamawiającego z dnia 19 maja 2022 r. (nr O/GD.D-5.050.5.2022.AS);
- 17) pismo Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2022 r. (nr OTWA.D-5.0130.12022);
- 18) pismo Zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2022 r. (nr O/LU.Z-16.0141.2.2022.RG);
- 19) wiadomość e-mail Zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2022 r.
- 20) informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu KRS Zaberd Sp. z o.o.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści SWZ, TOM I IDW Izba ustaliła, że w rozdziale 9 Zamawiający zawarł następujące przesłanki wykluczenia wykonawcy z tego postępowania o udzielenie zamówienia:

„9.1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp.

9.2. Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę:

1) który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, chyba że Wykonawca przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

2) w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza

jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;

3) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

4) 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;

9.3. W zależności od zaistniałych podstaw wykluczenia określonych w pkt. 9.1. i 9.2. IDW (przesłanki obligatoryjne i fakultatywne), następuje wykluczenie Wykonawcy na odpowiedni okres wskazany w art. 111 ustawy Pzp.

9.4. Wykonawca może zostać wykluczony przez Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

9.5. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp lub na podstawie okoliczności wymienionych w pkt 9.2. IDW, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawiania szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania lub Zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie Wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

9.6. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w pkt 9.5. IDW, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy. Zamawiający wyklucza Wykonawcę jeśli podjęte przez

Wykonawcę czynności, o których mowa w pkt 9.5. IDW, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności."

Na podstawie złożonego przez Odwołującego w postępowaniu formularza JEDZ, Izba ustaliła, że w odpowiedzi na pytanie zawarte w części III C: „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?”, zaznaczył odpowiedź „Nie”.

Na podstawie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 10 czerwca 2022 r., Izba ustaliła, że podstawą prawną odrzucenia oferty Odwołującego był art. 226 ust. 1 pkt 2

lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Natomiast w uzasadnieniu faktycznym tej

czynności, Zamawiający wskazał, co następuje:

„Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. W myśl art. 109 ust. 1 pkt 7 z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia Wykonawcy na podstawie cytowanego wyżej przepisu w ogłoszeniu o zamówieniu i pkt 9 Instrukcji dla Wykonawców (dalej IDW).

W niniejszym postępowaniu zamawiający w dokumentach zamówienia tzn. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) wymagał w pkt 10.2. IDW złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia „JEDZ” (pkt 4.2.2. i 16.6. ppkt 7).

Wykonawca wraz z ofertą złożył JEDZ, w którym w odpowiedzi na pytanie zawarte w części III: Podstawy wykluczenia, sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów, lub wykroczeniami zawodowymi o treści: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” udzielił odpowiedzi „NIE”, co nie jest zgodne ze stanem faktycznym.

Pytanie zostało sformułowane w sposób jednoznaczny, aby Wykonawca mógł odpowiedzieć „TAK” albo „NIE” i w przypadku odpowiedzi twierdzącej wypełnić kolejną rubrykę JEDZ, która

brzmi - „jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat”. Zauważyć należy, że Wykonawca jest zobowiązany wypełnić JEDZ w powyższym zakresie w sytuacji, gdy zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

W toku realizacji umowy nr O.LU.D-3.2413.22.2019.cz.2.af z dnia 4 maja 2020 r. zawartej w wyniku postępowania na Usługi bieżącego utrzymania dróg ekspresowych nr SI 2, SI 7, S19 i drogi krajowej nr 48 w zakresie estetyki z podziałem na 2 części: Część 2: Droga ekspresowa SI 2/17 na odcinku od węzła Jastków (bez węzła) do węzła Piaski Wschód i droga ekspresowa S19 na odcinku od węzła Lublin Sławinek do włączenia drogi krajowej nr 19, zamawiający w latach 2020-2021 naliczył kary umowne na kwotę 105 255,27 zł z tytułu nienależytego wykonania powyższej umowy, których Wykonawca nie kwestionował. Na 84 zlecenia udzielone przez Zamawiającego, w 24 przypadkach wystąpiły opóźnienia w ich realizacji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Kary były bowiem naliczane za zwłokę, czyli za okoliczność, za które ponosi on odpowiedzialność. Okoliczności te potwierdzają sporządzone protokoły, noty obciążeniowe wystawione przez Zamawiającego. Powyższe potwierdza zatem, że przyczyną nienależytego wykonania umowy leżały po stronie Wykonawcy.

Nie może mieć zatem w tym przypadku zastosowania dyspozycja art. 109 ust. 3 ustawy PZP zgodnie z którą - w przypadku wystąpienia podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP - zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne. Za takie nie można uznać także powtarzających się drobnych naruszeń zobowiązania (motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej 2014/24/UE) skoro rzutują one na wiarygodność Wykonawcy w aspekcie możliwości zapewnienia profesjonalnej i terminowej realizacji zamówienia.

Wykonawca udzielił odpowiedzi niezgodnej ze stanem faktycznym i nie skorzystał z instytucji tzw. „samooczyszczenia” o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, w konsekwencji czego zamawiający nie mógł dokonać oceny, czy Wykonawca podjął czynności, o których mowa w ust. 2 oraz, czy są one wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy.

W ustawie Prawo Zamówień publicznych. Komentarz. Red. H. Nowak', M. Winiarz, Warszawa 2021 wskazano, że: „Długotrwale nienależycie wykonywanie zobowiązania ma miejsce, jeżeli wykonawca regularnie nienależycie wykonuje zobowiązanie, nawet jeżeli w danym wypadku stopień wadliwości nie jest znaczny. Przykładem może być regularne niedotrzymywanie terminów realizacji powtarzających się dostaw lub usług objętych jedną umową”. Taka sytuacja miała we wskazanym postępowaniu.

W tej samej publikacji wskazano, że „Pojęcie „odszkodowanie” interpretować szeroko

zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje”). Przez

odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surrogaty, takie jak kara umowna (art. 483 KC)”. Także we wskazanej umowie w następstwie nienależytego wykonania doszło do naliczenia na rzecz Zamawiającego „odszkodowania” w postaci surogatu jakim jest kara umowna.

Mając na uwadze opisany powyżej stan faktyczny i prawny Zamawiający postąpił jak wskazano na wstępie i odrzucił ofertę Wykonawcy w części 2 postępowania.”

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(...)

7) 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;

art. 109 ust. 3 ustawy Pzp

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na

ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa

wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

art. 128 ust. 4 ustawy Pzp

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania

art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

(...)

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Ad zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp.

Odwołujący próbował wykazać, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, w szczególności do nieterminowego wykonania w ramach umowy nr O.LU.D-3.2413.22.2019.cz.2.af z dnia 4 maja 2020 r. w zakresie dziewięciu zleceń nie doszło z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego, jak również nie doprowadziło ono do odszkodowania na rzecz Zamawiającego, a w konsekwencji doszło do odrzucenia oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Zatem aby zaszała możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie ww.

normy prawnej zamawiający musi wykazać kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- a) wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie,
- b) z przyczyn leżących po jego stronie,
- c) nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał,
- d) istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne lub umowy koncesji,
- e) co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wykazał żeby ocena okoliczności realizacji umowy z 4 maja 2022 r. dokonana przez Zamawiającego była błędna, zatem decyzja Zamawiającego z 10 czerwca 2022 r. została oceniona przez Izbę jako prawidłowa.

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Izba ustaliła, że 4 maja 2020 r. Zamawiający zawarł z Odwołującym umowę nr O.LU.D-3.2413.22.2019.cz.2.af (vide: załącznik nr 4a do odwołania). Jak wynika z §1 tej umowy jej przedmiotem było

świadczenie usług bieżącego utrzymania w zakresie estetyki dróg ekspresowych wymienionych w jej treści w zakresie części 2. Zatem realizacja umowy zmierzała do osiągnięcia rezultatu w postaci utrzymania estetyki dróg i taki był cel jej zawarcia. Umowa została zawarta na czas od 4 maja 2020 r. do 30 czerwca 2022 r. lub do czasu wyczerpania kwoty umownej w zależności od tego, co nastąpi wcześniej. Nie było sporne między Stronami, że umowa ta zakończyła się 30 czerwca 2022 r. Wynagrodzenie za realizację przedmiotu umowy zostało ustalone na kwotę 23 986 609,28 zł brutto. Realizacja przedmiotu umowy następowała na podstawie pisemnych zleceń wykonania poszczególnych usług określających lokalizację, zakres, termin zakończenia oraz termin przekazania pasa drogowego. Ponadto, w treści §3 ust. 4 umowy wskazano, że strony przewidują zmianę terminu określonego m.in. w pisemnym zleceniu wyłącznie z przyczyn niezależnych od wykonawcy i mających wpływ na wykonanie przedmiotu umowy w przypadkach wskazanych w jego treści, tj. niezależnego od stron losowego zdarzenia zewnętrznego, które było niemożliwe do przewidzenia w momencie zawarcia umowy i któremu nie można było zapobiec mimo dochowania należytej staranności oraz w przypadku wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych lub innych okoliczności niezależnych od wykonawcy skutkujących nie możliwością dotrzymania terminu. W ust. 5 została przewidziana procedura wprowadzenia ww. zamiany, co odbywało się na podstawie udokumentowanego wniosku wykonawcy. Ponadto na podstawie §7 ust. 2.6 Izba ustaliła, że obowiązkiem wykonawcy było m.in. informowanie Zamawiającego o problemach lub okolicznościach mogących wpłynąć na jakość wykonywanych prac lub termin ich zakończenia. Dodatkowo, jak wynika z §11 ust. 3 umowy wykonawca był odpowiedzialny w pełni za działania lub uchybienia każdego podwykonawcy, dalszego podwykonawcy i ich przedstawicieli lub pracowników. Wykonawca był ponadto zobowiązany do koordynowania, nadzorowania i kontrolowania pracy tych podmiotów. W §15 ust. 1 wskazano, że „odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych strony ponosić będą na ogólnych zasadach Kodeksu cywilnego oraz przez zapłatę kary umownej z następujących tytułów i w następującej wysokości: 1.1. za zwłokę w wykonaniu usług w stosunku do wskazanego w pisemnym zleceniu terminu na zakończenie usług w wysokości 0,1% (...)”. Zgodnie z ust. 6 termin zapłaty kary umownej wynosi 14 dni od dnia doręczenia stronie noty księgowej.

Następnie na podstawie załączonych do odwołania i do pisma procesowego Przystępującego z 11 lipca 2022 r. protokołów za 2020 r. i 2021 r., (vide: załączniki nr 4c oraz 4d do odwołania oraz załączniki do pisma Przystępującego z 11 lipca 2022 r.) oraz na podstawie zbiorczego zestawienia udzielonych Odwołującemu zleceń przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie (vide: dowód 1), Izba ustaliła, że podstawą stwierdzenia okoliczności uzasadniających wyliczenie przez Zamawiającego kar umownych był §15 ust. 1 pkt 1.1. umowy. Jak wynika z protokołów odbiorów za 2020 r. i co też przyznał w odwołaniu Odwołujący, kary umowne zostały naliczone za ten rok w wysokości 63 953,10 zł, a Zamawiający 4 maja 2021 r. wystawił Odwołującemu stosowne noty księgowe. Z protokołów tych oraz z dowodu 1 wynika ponadto, że Odwołujący był w zwłoce łącznie 362 dni, co dotyczyło 9 zleceń. Natomiast z protokołów odbioru za 2021 r. oraz z dowodu 1 wynika, że Odwołujący był w zwłoce łącznie 312 dni, co dotyczyło 12 zleceń, a łączna suma naliczonych z tego powodu kar umownych wynosi 41 319,27 zł, noty księgowe za te kary jeszcze nie zostały wystawione. W ocenie Odwołującego kary umowne za zwłokę w realizacji zleceń z 2021 r. nie zostały mu naliczone, ponieważ Zamawiający nie wystawił stosownych not księgowych. Strony nie są wobec tego zgodne, co do wysokości kar umownych, wg Zamawiającego opiewają one na łączną kwotę 105 255,27 zł, zdaniem Odwołującego jest to kwota 63 953,10 zł, ponieważ łącznie na taką właśnie kwotę zostały wystawione noty księgowe.

Odwołujący prowadził również korespondencję z Zamawiającym w sprawie wyrażenia przez Zamawiającego zgody na wydłużenie terminu realizacji prac obejmujących koszenie traw w granicach pasa drogowego zleconych zleceniem nr 4/cz.2/2020. Jak wynika z odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na ten wniosek pismem z 24 lipca 2020 r. Zamawiający odmówił wyrażenia zgody na powyższe. Zamawiający w piśmie tym wskazał, że Odwołujący na żadnym odcinku drogi nie wykonał zleconych mu prac, mając na uwadze dotychczasowe zaangażowanie Odwołującego w wykonanie prac, zdaniem Zamawiającego niekorzystne warunki atmosferyczne nie miały wpływu na możliwość wykonania zleconych prac w terminie. Jak zauważył też Zamawiający opady nie miały charakteru ciągłego a

wykonawca miał 49 dni na wykonanie zlecenia. Wobec tego przy odpowiednim zaangażowaniu kadrowym i sprzętowym terminowe wykonanie zlecenia było możliwe. Zatem

wystąpienie opadów nie stanowiło wyłącznej przyczyny wpływającej na terminowe wykonanie zlecenia, tym samym nie ziszcili się przesłanki z §3 ust. 4 lit.b umowy.

Przechodząc do argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu oraz podtrzymanej na rozprawie wskazać należy, że nie zasługuje ona na uwzględnienie. Nie

sposób zgodzić się z Odwołującym, że „niewykonanie w terminie zleceń miało charakter

marginalny i stanowiło niewielką część wszystkich zleceń udzielanych Odwołującemu” (vide: pkt 9 odwołania). Powyższe Odwołujący wywodzi z faktu, że kary umowne zostały mu naliczone zaledwie za 9 zleceń, jednak w tym miejscu zwrócić uwagę należy, że Odwołujący

zupełnie pomija, że suma dni, gdy był w zwłoce w związku z tymi zleceniami wynosi 362 dni.

Nawet uwzględniając, że zlecenia były wystawiane przez Zamawiającego w jednym czasie, wobec czego termin ich realizacji biegł równolegle, a tym samym zwłoka w ich wykonaniu również biegła równolegle zatem realnie Odwołujący był krócej w zwłoce, nie zmienia to

faktu, że liczba ta jest znaczna, świadczy o powtarzających się trudnościach z terminowością oraz pokazuje, że Odwołujący nie był w stanie w tych przypadkach terminowo, a tym samym należycie wykonać w wyznaczonym czasie tych zleceń. Innymi słowy, trudności te nie były zjawiskiem jednorazowym i krótkotrwałym. Tym samym powyższe nie może być uznane za zjawisko marginalne. Nie zmienia tej oceny również okoliczność, że naliczona suma kar umownych w stosunku do wartości całej umowy jest kwotą znikomą. Przesłanką wykluczenia jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy „w znacznym stopniu lub zakresie”, a także jej długotrwałe nienależyte wykonywanie. W ocenie Izby wskazana wyżej liczba dni pozostawania w zwłoce przez Odwołującego, nawet uwzględniając tylko te 9 zleceń, wpisuje się w ww. przesłanki. Izba w tym miejscu wskazuje również, że nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego jakoby pod względem jakości usługi zostały wykonane prawidłowo i bez zastrzeżeń Zamawiającego. Niewątpliwie Zamawiający miał zastrzeżenia co do terminowości realizacji poszczególnych zleceń, co znalazło odzwierciedlenie w protokołach odbiorów. Nie ma przy tym racji Odwołujący, że zaniechanie wykonania poszczególnych zleceń w terminie nie wpływa negatywnie na jakość wykonanej umowy. Pod względem technicznym prace były wykonane należycie i nie jest to między stronami sporne. Jednak Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że przy ocenie „znacznego” stopnia nienależytego wykonania zobowiązania znaczenie ma nie tylko jakość postrzegana jako wykonanie powierzonych zadań zgodnie ze sztuką, ale również terminowość. W świadczeniu usługi będącej przedmiotem spornej umowy terminowe wywiązywanie się z powierzonych zadań jest środkiem do osiągnięcia celu umowy, którym jest w tym wypadku świadczenie usług bieżącego utrzymania w zakresie estetyki dróg i wiąże się bezpośrednio z jakością świadczonych usług. Innymi słowy, popadanie w zwłokę trwającą wiele dni (w niektórych przypadkach w 2020 r. było to nawet 142, 53, 25, 34, 39, czy 43 dni, a w 2021 było to nawet 136, 20, 21, 17, czy 56 dni) niewątpliwie nie przyczynia się do realizacji tego celu w sposób należyty. Ponadto nie sposób pominąć, że została spełniona również przesłanka długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania, co jak wskazuje się w doktrynie wyraża się w tym, że wykonawca regularnie nie wykonuje zobowiązania nawet jeśli stopień wadliwości nie jest znaczny (vide: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Pod red H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021 r). W ocenie Izby taka sytuacja miała miejsce w tym postępowaniu, mając bowiem na uwadze dni zwłoki w jakie popadał Odwołujący w związku realizacją spornych zleceń, ich długość trwania wpisuje się w powyższą przesłankę i to nawet przy zastosowaniu przychylniej interpretacji wobec Odwołującego i zaniechaniu ich sumowania. Rzeczywiście suma kar umownych, jak słusznie wskazał Odwołujący w skali całej umowy nie jest znacząca, można nawet stwierdzić że jest to kwota marginalna i to nawet przyjmując kwotę wyższą, wskazaną przez Zamawiającego w treści uzasadnienia z 10 czerwca 2022 r., stanowi bowiem ona zaledwie 0,43% wartości umowy. Jednak okoliczność ta w ocenie Izby pozostaje bez znaczenia dla oceny spełnienia przesłanek o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten mówi, że skutkiem długotrwałego niewykonania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu zobowiązania ma być m.in. odszkodowanie. Jak wskazuje się w piśmiennictwie termin ten powinien być rozumiany na gruncie omawianego przepisu szeroko i obejmuje on także wszelkie surrogaty odszkodowania w tym kary umowne (vide: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. pod red H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021 r). Izba nie podzieliła wobec powyższego stanowiska Odwołującego wskazanego w pkt 21 uzasadnienia odwołania. Niewątpliwie również nienależyte wykonanie umowy odnosi się w tym przypadku do świadczenia głównego, prowadzącego do osiągnięcia celu umowy.

Ponadto w ocenie Izby Odwołujący nie zdołał w sposób przekonujący wykazać, aby nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn za które Odwołujący nie odpowiada. W treści odwołania (vide: pkt 16) Odwołujący wskazał 3 przyczyny nieterminowego wykonania zadań tj. opóźnienia w realizacji umowy podwykonawczej, tu Zamawiający odnosząc się do tego powodu trafnie wskazał, że zgodnie z §11 ust. 3 umowy wykonawca był odpowiedzialny w pełni za działania podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz do nadzorowania ich pracy. Zatem stanowisko Odwołującego w tym zakresie Izba uznała za nieprzekonujące. Następnie Odwołujący wskazał jako powód absencję pracowników Odwołującego z powodu zachorowań na Covid-19. W tym zakresie Zamawiający również przekonał Izbę o niezasadności tego argumentu wskazując, że zgodnie z art. 15r ustawy z dnia 2 marca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 374), tj. z dnia 29 października 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 2095) o

szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem Covid-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (dalej jako: „ustawa covidowa”), Odwołujący miał każdorazowo obowiązek poinformować Zamawiającego o tej okoliczności, czego nie uczynił. Również powołanie się na niesprzyjające warunki atmosferyczne nie przekonało Izby. Odwołujący w tym zakresie powołał się na korespondencję z Zamawiającym wniosek z 18 lipca 2020 r. oraz odpowiedź z 24 lipca 2020 r. Zwłoka w wykonaniu zlecenia nr 4/cz.2/2020 trwała łącznie 143 dni, a we wniosku Odwołujący wskazał na niekorzystne warunki atmosferyczne występujące w ciągu łącznie 23 dni. Jak wskazano wyżej z udzielonej pismem z 24 lipca 2020 r. odmownej odpowiedzi Zamawiającego wynika, że Odwołujący mógł wykonać zlecenie przed ich wystąpieniem zatem warunki pogodowe nie były jedynym powodem niewykonania zlecenia w terminie lecz były to również przyczyny związane z organizacją pracy przez Odwołującego, co potwierdza stwierdzenie zgodnie z którym „(...) w chwili obecnej na drogach ekspresowych w zarządzenie Rejonu w Lubartowie nie ma żadnego odcinka drogi, na którym zlecone usługi zostały wykonane zgodnie ze Zleceniem (...)”. Ponadto Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający regularnie był informowany o przyczynach mogącego wystąpić opóźnienia (pkt 17 uzasadnienia odwołania) dlatego Izba nie dała wiary temu twierdzeniu. Dodatkowo przypomnieć należy treść §3 ust. 4 umowy, gdzie wyraźnie wskazano okoliczności skutkujące zmianą terminu określonego m.in. w pisemnym zleceniu, a Odwołujący nie wykazał, aby właśnie takie przyczyny były powodem problemów z terminowością.

W tym miejscu odnosząc się do argumentacji podniesionej przez Odwołującego w piśmie procesowym z 11 lipca 2022 r. oraz podtrzymanej na rozprawie co do zlecenia nr 4/cz.2/2020 (vide: pkt 6 pisma), a dotyczącej niezgodności w zakresie powierzchni terenu którym objęte było zlecenie, Izba wskazuje że stanowisko to wykracza poza zarzut odwołania. Ponadto, zauważenia wymaga że jak wynika z wniosku z 18 lipca 2020 r. Odwołujący nie powołał się na tę okoliczność zwracając się o przedłużenie terminu realizacji tego zlecenia, lecz na niekorzystne warunki atmosferyczne. Załączony dowód w postaci notatki z 10 grudnia 2020 r. potwierdza tylko powierzchnię, na której zostały zlecone prace. Wobec powyższego twierdzenie na tym etapie, że nieterminowa realizacja zleceń 6/cz.2/2020, 7/cz.2/2020, 8/cz.2/2020, 9/cz.2/2020, 10/cz.2/2020, 12/cz.2/2020, 13/cz.2/2020 oraz 4/cz.2/2020 wynikała z tej okoliczności Izba ocenia jako stanowisko gołosłowne, niewykazane i przyjęte na potrzeby postępowania odwoławczego. Ponadto w odwołaniu, w zakresie zlecenia 13/cz.2/2020 Odwołujący również wskazywał, że przyczyną braku niedochowania terminu były niekorzystne warunki atmosferyczne (vide: pkt 16 odwołania).

Jednak przede wszystkim jak wskazano wcześniej jest to stanowisko nowe wobec argumentacji zawartej w odwołaniu.

W zakresie argumentacji podniesionej przez Odwołującego w piśmie procesowym w pkt 7 str. 3 Izba wskazuje, że jest to stanowisko nowe wobec tego zawartego w odwołaniu i jako takie zostało przez Izbę potraktowane jako rozszerzenie zarzutów odwołania. Wskazać też należy na pewną niekonsekwencję Odwołującego, który w sytuacji wywodzenia dla siebie pozytywnych skutków prawnych z protokołów nie kwestionuje okoliczności podpisania ich przez wskazane osoby, natomiast w sytuacji gdy chodzi o negatywne wnioski, prezentuje w tym zakresie odmienne stanowisko. Jak wskazano wcześniej terminowość jest w ocenie Izby elementem składającym się na należyte wykonanie zobowiązania i wiąże się z jakością wykonanych usług. Z tych względów stanowisko Odwołującego nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do kwestii spornej dotyczącej naliczenia kar umownych za zlecenia z 2021 r., Izba wskazuje, że podziela stanowisko Zamawiającego, że niewystawienie not księgowych nie może być uznane za zaniechanie naliczenia kar umownych. Jak wynika z umowy (vide: §15 ust. 6) noty te mają znaczenie z punktu widzenia terminu zapłaty tych kar, natomiast ich niewystawienie nie zmienia faktu, że podstawa ich naliczenia została stwierdzona w protokołach odbioru. Nie ma też większego znaczenia okoliczność, że Zamawiający nie dokonał potrącenia tych kar oraz, że wynagrodzenie zostało wypłacone Odwołującemu w całości. Zamawiający w tym zakresie wskazał, że sytuacja taka ma miejsce wyłącznie w związku z postanowieniem art. 15r¹ ww. ustawy, gdzie zgodnie z ust. 1: „1. W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15r ust. 1, z wynagrodzenia wykonawcy lub z innych jego wierzytelności, a także nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy, o ile zdarzenie, w związku z którym zastrzeżono tę karę, nastąpiło w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii.” Zgodnie z ust. 3: „3. W przypadku gdy termin ważności zabezpieczenia należytego wykonania umowy upływa w okresie, o którym mowa w ust. 1, zamawiający nie może dochodzić zaspokojenia z zabezpieczenia, o którym mowa w tym przepisie, o ile wykonawca, na 14 dni przed upływem ważności tego zabezpieczenia, każdorazowo

przedłużyć jego ważność lub wniesie nowe zabezpieczenie, którego warunki zostaną zaakceptowane przez zamawiającego.”

Odnosząc się do argumentacji zawartej pod literą D na str. 10 uzasadnienia odwołania Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał za pomocą załączonych dowodów aby wobec wskazanych wykonawców zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odnosząc się do tych dowodów, Izba wskazuje, że z ich treści wynika jedynie, że wykonawcom tym w różnych okresach realizacji różnych zamówień publicznych na rzecz Zamawiającego naliczane były karny umowne. Jest to jednak niewystarczające to stwierdzenia, że wykonawcy ci podlegają wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 z postępowania analogicznie jak Odwołujący. Ponadto nie sposób pominąć wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego na str. 7 odpowiedzi na odwołanie. Co do podniesionych przez Zamawiającego argumentów zawartych na str. 7 i następnym odpowiedzi na odwołanie w zakresie dowodów stanowiących informację publiczną, Izba dostrzega, że Zamawiający podniósł jedynie iż ich pozyskanie stanowi nadużycie prawa do informacji publicznej. Jednocześnie Zamawiający nie kwestionował prawdziwości udzielonych informacji. Jednak dowody te nie mają znaczenia w sprawie, gdyż jak wskazano wyżej nie są wystarczające do stwierdzenia, że zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Słusznie Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał chociażby aby wskazani przez Odwołującego wykonawcy dopuścili się znaczącego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania albo długotrwałego nienależytego wykonania zobowiązania. Tym samym nie sposób stwierdzić aby został naruszony art. 16 ustawy Pzp.

Ad naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający nie wskazał w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie którego Zamawiający uznał, że zostały spełnione przesłanki wykluczenia Odwołującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Wskazać należy, że zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy

złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przepis ten stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji i nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Ma to doniosłe znaczenie uwzględniając okoliczność, że na podstawie informacji przekazanej zgodnie z ww. przepisem wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego.

Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wobec tego wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień odnieść. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Z tych względów ocena kwestionowanej czynności Zamawiającego dokonywana przez Izbę nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie.

Przenosząc powyższe na okoliczności rozpoznawanej sprawy, Izba doszła do przekonania, że choć uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego ma oszczędną i lakoniczną treść to nie zaszyły przesłanki z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp skutkujące uwzględnieniem tego zarzutu. Izba miała na uwadze, że sporna umowa z 4 maja 2020 r. była zawarta między Zamawiającym a Odwołującym. Zatem Odwołujący miał doskonałą wiedzę na temat okoliczności jej realizacji, w tym sytuacji, które mogą być poczytane przez Zamawiającego jako przypadki jej nienależytego wykonania. Odwołujący miał dostęp do wszystkich dokumentów związanych z realizacją tej umowy, czego wyrazem jest załączenie

ich przez Odwołującego do odwołania. Odwołujący podjął obszerną i rzeczową polemikę z zaskarżoną decyzją, a okoliczność iż nie była to polemika skuteczna, tj. prowadząca do zmiany przez Izbę decyzji Zamawiającego z 10 czerwca 2022 r., wynika nie z wadliwego uzasadnienia przez Zamawiającego swojej decyzji, tylko z potwierdzenia się spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Stanowisko procesowe Odwołującego nie pozostawia wątpliwości, że trafnie zdekodował on okoliczności realizacji umowy z 4 maja 2020 r., które zdecydowały o wykluczeniu go z tego postępowania o zamówienie, w tym odwołał się do właściwych dokumentów na których Zamawiający oparł swoją decyzję. Z tego też względu naruszenie przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w okolicznościach tej sprawy mogłoby ewentualnie mieć jedynie charakter formalny, ponieważ ewentualnego wpływu na wynik postępowania Odwołującemu nie udało się wykazać.

Ad ewentualnego zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp.

Odwołujący zajął stanowisko, zgodnie z którym Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia i motywów złożenia w nim oświadczenia o określonej treści, tj. udzielonej negatywnej odpowiedzi na pytanie wskazane w Części III Podstawy wykluczenia, Sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi — 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?” i rozwiania tym samym ewentualnych wątpliwości Zamawiającego dotyczących przesłanek wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W ocenie Odwołującego doszło tym samym do naruszenia art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzut podlega oddaleniu, nie ma bowiem podstaw, aby uznać, że odrzucenie oferty Odwołującego do postępowania ma charakter przedwczesny, i że odbyło się z naruszeniem art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten nie wyłącza możliwości prowadzenia postępowania wyjaśniającego przez wielokrotne kierowanie do wykonawcy wezwań, jednak nie dotyczy to sytuacji, z którą mamy do czynienia w tym postępowaniu. Należy bowiem wskazać, że w istocie Odwołujący przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd. W takiej sytuacji dyspozycja ustawodawcy jest jednoznaczna - wykonawcę należy wykluczyć (vide: art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp), a jego ofertę należy odrzucić (vide: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp). Powodem, dla którego w tym postępowaniu Odwołujący nie został wykluczony z postępowania jest zaniechanie przez Zamawiającego skorzystania z tej możliwości w oparciu o powyższą podstawę prawną, Zamawiający bowiem w treści rozdziału 9 SWZ nie wskazał, że art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w tym postępowaniu. Nie sprawia to jednak, że okoliczność ta skutkuje zastosowaniem art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w sytuacji, w której znalazł się Odwołujący. Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do rezultatu niedającego pogodzić się z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy. Wykonawca mógłby wówczas bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd na temat swojej przeszłości kontraktowej (zatajając określone fakty), licząc na to, że nawet jeśli zamawiający posiędzie o nich wiedzę, to i tak będzie zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie przyczyn udzielenia odpowiedzi przeczącej na omawiane pytanie w JEDZ. Prowadziłoby to do wypaczenia celu odpowiedzi na to pytanie i w konsekwencji oznaczałoby przyzwolenie na podawanie przez wykonawców nieprawdziwych informacji.

W ocenie Izby prowadzenie procedury wyjaśniającej byłoby także działaniem niecelowym w okolicznościach tej sprawy. Po pierwsze, wskazać należy, że stronami spornej umowy z 4 maja 2020 r. są Zamawiający i Odwołujący. Nie jest zatem tak, że informacje na temat nienależytego wykonania umowy Zamawiający otrzymał z tzw. „drugiej ręki” i wobec tego należałoby tu wyjaśnić ewentualne wątpliwości. Po drugie, zauważyć należy, że udzielenie odpowiedzi twierdzącej na sporne pytanie daje następnie wykonawcy możliwość opisanie wszelkich okoliczności związanych z danym zdarzeniem, a następnie w razie gdy jest taka konieczność - przeprowadzenia procedury, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Tym samym udzielając przeczącej odpowiedzi na sporne pytanie, Odwołujący pozbawił się tych możliwości i nie sposób wobec tego oczekiwać przyznania mu przez Zamawiającego poniekąd „drugiej szansy” wyjaśnienia w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Jak bowiem wskazano wyżej okoliczności tej sprawy są o tyle szczególne, że nienależyte wykonanie umowy, które stało się podstawą wykluczenia Odwołującego w tym postępowaniu dotyczy umowy między Zamawiającym a Odwołującym, zatem mają oni pełną wiedzę źródłową na temat przebiegu jej realizacji, a nie pozyskaną od podmiotu trzeciego.

Powyższe przesądziło o oddaleniu tego zarzutu. Tym samym Izba podzielała trafne

stanowisko Zamawiającego i Przystępującego.

Ad ewentualnego zarzutu naruszenia art. 109 ust. 3 Pzp.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał odstąpienia od wykluczenia Odwołującego, podczas gdy, pozostaje ono w oczywistej nieproporcjonalności wobec zakresu nienależytego wykonania przez Odwołującego umowy nr O.LU.D-3.2413.22.2019.cz.2.af z dnia 4 maja 2020 r.

Jak wynika z treści art. 109 ust. 3 ustawy Pzp: „W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.” Przepis ten jest adresowany do Zamawiającego i daje mu uprawnienie do odstąpienia od wykluczenia jeśli byłoby ono w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Oceny tej dokonuje zamawiający i jest to jego subiektywna decyzja, która nie powinna jednak być powodowana oceną dowolną. Zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy Odwołujący nie wykazał, że decyzja Zamawiającego o zaniechaniu odstąpienia od wykluczenia Odwołującego z udziału w tym postępowaniu została podjęta z naruszeniem art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, w tym że była to decyzja dowolna. Ponadto jak zostało wskazane we wcześniejszej części uzasadnienia, przesłanki wykluczenia Odwołującego na podstawie 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zostały spełnione. Zamawiający uznał, że okoliczności nienależytego wykonania umowy z 4 maja 2020 r. uzasadniają zaniechanie zastosowania art. 109 ust. 3 ustawy Pzp wobec Odwołującego. Jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu z 10 czerwca 2022 r. w podczas realizacji umowy z 4 maja 2020 r. doszło do powtarzających się naruszeń, co poddało w wątpliwość wiarygodność Odwołującego co do możliwości profesjonalnej i terminowej realizacji zamówienia.

Wobec powyższego odwołanie zostało oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: