Sygn. akt: KIO 913/23

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Monika Szymanowska Monika Banaszkiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 marca 2023 r. przez wykonawcę TPF Sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez: Województwo Warmińsko – Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28b, 10-602 Olsztyn

przy udziale wykonawców B-ACT S.A., ul. Ignacego Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz oraz MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie:

a) Zarzutu 1. Naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust.1 pkt. 7) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) poprzez odrzucenie oferty TPF Sp. z

o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa, pomimo iż TPF Sp. z

o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa nie znajdował się w 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 w

sprawie zamówienia publicznego;

b) Zarzutu 2. Naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust.1 pkt. 8) oraz 10) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) poprzez odrzucenie oferty TPF Sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa, pomimo

iż TPF Sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa nie wprowadził

Województwo Warmińsko – Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28b, 10-602 Olsztyn w błąd ani nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd;

c) Zarzutu 3. Naruszenia przepisu art. 111 pkt 4 w zw. z art. 109 ust.1 pkt 7), 8) i 10) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) poprzez wykluczenie TPF Sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa, pomimo iż upłynął okres 3 lat od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), co z kolei skutkuje brakiem ziszczenia się przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.);

i nakazuje Zamawiającemu: Województwo Warmińsko – Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28b, 10-602 Olsztyn

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej B-ACT Sp. z o.o. (obecnie B-ACT S.A.), ul. Ignacego Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz oraz unieważnienie wykluczenia z postępowania TPF Sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa oraz odrzucenia jego oferty, tj. czynności z 21.03.2023 r., jak również nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty

TPF Sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa.

2. Kosztami postępowania obciąża Województwo Warmińsko – Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28b, 10-602

Olsztyn i:

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TPF Sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Województwa Warmińsko – Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28b, 10-602 Olsztyn na rzecz TPF Sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. 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:

Sygn. akt: KIO 913/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy kontrakcie pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 na odcinku Morąg – Łukta z podziałem na etapy: etap I odcinek Morąg – Bramka, etap III odcinek Florczaki – Łukta" w podziale na dwa zadania: Zadanie 1: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 Morąg – Łukta na odcinku Morąg – Bramka, Zadanie 2: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 527 Morąg – Łukta na odcinku Florczaki – Łukta." (Znak sprawy: ZDW/NZP.IR.III/PN-1/3220/26/2022), zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.03.2022 r. pod nr 2022/S 058-152297 przez Województwo Warmińsko – Mazurskie Zarząd Dróg Wojewódzkich z siedzibą w Olsztynie, ul. Pstrowskiego 28b, 10-602 Olsztyn zwany dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), zwana dalej: „NPzp" albo „PZP" albo „p.z.p".

W dniu 21.03.2023 r. Zamawiający (drogą elektroniczna za pomocą platformy przetargowej dostępnej pod adresem:) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy – B-ACT Sp. z o.o. (obecnie B-ACT S.A.), ul. Ignacego Paderewskiego 24, 85-075 Bydgoszcz zwanej dalej: „B-ACT S.A." albo „B-Act" albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego". Drugą pozycje w rankingu ofert zajęła firma - MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6, 33-100 Tarnów zwana dalej: „MGGP S.A." albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego" Jednocześnie, Zamawiający poinformował o wykluczeniu - TPF Sp. z o.o., ul. Postępu 14B, 02-627 Warszawa oraz odrzucił jego ofertę zwanego dalej: „TPF Sp. z o.o." albo „Odwołującym". Odnośnie Wykonawcy wykluczonego:

„(…) Zarząd Dróg Wojewódzkich jako Zamawiający w niniejszym postępowaniu zastosował fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1), 5), 7), 8), 9) i 10), co zgodnie z art. 109 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz dokumentach zamówienia.

Wykonawca TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa, którego oferta została złożona jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, został wezwany do złożenia

dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Wykonawca złożył żądane dokumenty w czasie wskazanym przez Zamawiającego za pośrednictwem platformy przetargowej.

W toku analizy dokumentów dotyczących braku podstaw wykluczenia, Zamawiający zwrócił uwagę na przedstawione przez Wykonawcę oświadczenie złożone na Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia oraz na oświadczenie własne dołączone przez Wykonawcę do JEDZ.

We wskazanych powyżej dokumentach Wykonawca zaznaczył, że nie 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 wyjaśnieniach w zakresie dokumentu JEDZ Wykonawca obszernie argumentował, że nie zaznaczył TAK w punkcie JEDZ dotyczącym ww. podstawy wykluczenia, gdyż uznaje, że zaznaczenie tej opcji powstaje jedynie w sytuacji zmaterializowania się przesłanki wykluczenia tj. w sytuacji, kiedy wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Wykonawca przyznał, że owszem był w sytuacji, w której doszło do rozwiązania takich umów jednak nie nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie TPF Sp. z o.o.

W załączeniu do ww. wyjaśnień Wykonawca wykazał umowy, które zostały rozwiązane przed czasem, w tym umowę z Województwem Śląskim tj.: Umowę nr WI/K/P/150310/2/1 z dnia 25.09.2015 r. na „Opracowanie dokumentacji projektowej przebudowy drogi wojewódzkiej nr 933 wraz ze sprawowaniem czynności nadzoru autorskiego".

W przedmiotowych wyjaśnieniach TPF Sp. z o.o. wskazała, że pismem z dnia 11.09.2019 r. jako Konsorcjum firm TPF Sp. z o.o. oraz TPF Getinsa Euroestudios S.L. odstąpiło od umowy w niewykonanej części, z przyczyn zależnych od

Zamawiającego tj. rażących naruszeń postanowień umowy i wezwało Zamawiającego do zapłaty kary w wysokości 264 999,40 PLN. Jednocześnie Zamawiający tj. Województwo Śląskie pismem z dnia 07.11.2019 r. złożyło oświadczenie o odstąpieniu od umowy w niewykonanej części na podstawie art. 4921 k. c. art. 491 § 1 i 2 k.c. oraz § 14 ust. 1 pkt. B) umowy i związku z tym wezwało Wykonawcę do zapłaty kary umownej w wysokości 794 998,20 PLN (nota księgowa z dnia 31.12.2019 r.). Wykonawca w wyjaśnieniach podkreślił jednak, że niniejsze odstąpienie złożone przez Zamawiającego zostało uznane przez Konsorcjum jako bezpodstawne, bezskuteczne i nieważne i odmówiło zapłaty kary umownej. Jednocześnie TPF Sp. z o.o. w wyjaśnieniach zawarło informację, że „Na chwilę obecną Zamawiający nie złożył pozwu o zapłatę kar umownych.”.

W związku z wątpliwościami co do złożonych w ramach JEDZ wyjaśnień Wykonawcy TPF Sp. z o.o., Zamawiający ZDW w Olsztynie postanowił skorzystać z art. 128 ust. 5 Pzp i zwrócił się do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach o informacje dotyczące realizacji ww. umowy. ZDW w Katowicach odpowiedział pismem z dnia 15.09.2022 r. wskazując, że Wykonawca, po zakończeniu realizacji przedmiotu umowy w zakresie opracowania dokumentacji projektowej, uzyskaniu pozwolenia na budowę oraz udzielaniu odpowiedzi na pytania w przetargu na roboty budowlane, odstąpił od dalszej realizacji Umowy. W związku z nieuznaniem przez ZDW Katowice odstąpienia Wykonawcy oraz niewykonaniu umowy w zakresie nadzoru autorskiego przez TPF Sp. z o.o., pomimo wielokrotnych wezwań ze strony ZDW Katowice, Zamawiający odstąpił od umowy w części niewykonanej.

ZDW Katowice w swoim piśmie jasno wskazało, że Wykonawca Konsorcjum firm TPF Sp. z o.o. oraz TPF Getinsa Euroestudios S.L. nie wykonał czynności opisanych w § 1 ust. 1 pkt. a) umowy tj. czynności przewidzianych do wykonania po opracowaniu dokumentacji projektowej oraz pkt. c) przytoczonej umowy tj. nadzoru autorskiego. W związku z tym prowadzone są postępowania sądowe o zapłatę kar umownych na sumę łączną 796 998,20 PLN przed Sądem Rejonowym dla Warszawy Praga Północ oraz przed Sądem Rejonowym

w Katowicach, przy czym w sprawie prowadzonej przez Sąd Rejonowy w Katowicach sygn.. akt: IIC 1045/21 zapadł wyrok w dniu 20.06.2022 r. zasądzający karę umowną objętą pozwem i wyrok jest prawomocny. Jednocześnie ZDW w Katowicach podkreślił, że wykonana przez Wykonawcę dokumentacja projektowa obarczona była licznymi wadami w tym wadami skutkującymi koniecznością wstrzymania prowadzonych robót budowlanych.

Z wyjaśnień ZDW Katowice wynika, że jako Zamawiający publiczny naliczył w zakresie ww. umowy znaczne kary umowne tytułem niewykonania przez Wykonawcę -Konsorcjum firm TPF Sp. z o.o. oraz TPF Getinsa Euroestudios S.L. istotnej części umowy nr WI/K/P/150310/2/1, co wprost wpisuje się w przesłankę dopuszczenia się przez Wykonawcę nienależytego wykonania zamówienia.

Wykonawca, który wiedział, że znajduje się w sporze z zamawiającym, który naliczył mu znacznej wysokości kary umowne z tytułu nie wykonania części umowy oraz nienależytego jej wykonania 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) Pzp. Przeciwnie, każdy rzetelnie działający wykonawca ma świadomość, że prawidłowym i powszechnie przyjętym w obrocie sposobem wypełniania JEDZ jest transparentne podanie okoliczności dotyczących naliczania kar, które mogą zostać kwalifikowane przez art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, jako podstawa wykluczenia z postępowania i ewentualne opisanie swojego stanowiska w tym zakresie, co JEDZ umożliwia - także, gdy wykonawca jest przekonany, że nie powinien zostać wykluczony z postępowania. Mając tą świadomość wykonawca zdecydował się zachować inaczej, czyli zataić fakt, że w zakresie

naliczonych kar umownych toczą się przeciwko niemu postępowania sądowe, w tym w jednej ze spraw zapadł już prawomocny wyrok, o czym Wykonawca wiedział składając oświadczenie JEDZ w dniu 04.08.2022 r. Nie bez znaczenia dla przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7) jest również fakt, że zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego – ZDW w Katowicach, wykonana przez Wykonawcę dokumentacja projektowa obarczona była licznymi wadami, w tym wadami skutkującymi koniecznością wstrzymania prowadzonych robót budowlanych.

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie jako Zamawiający, biorąc pod uwagę wskazany powyżej stan fatyczny i prawny, protokołem z prac Komisji przetargowej nr 3 z dnia 25.10.2022 r., wykluczył wykonawcę TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa z postępowania na podstawie art. 109 ust.1 pkt. 7), 8) i 10) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) oraz odrzucił jego ofertę. (…)”.

W dniu 31.03.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) TPF Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego z 21.03.2023 r. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

Zarzut 1. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust.1 pkt.

> 7) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący nie znajdował się w 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 w sprawie zamówienia publicznego;

Zarzut 2. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust.1 pkt.

> 8) oraz 10) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd ani nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd;

Zarzut 3. Naruszenie przepisu art. 111 pkt 4 PZP w zw. z art. 109 ust.1 pkt 7), 8) i 10) PZP poprzez wykluczenie

Odwołującego, pomimo iż upłynął okres 3 lat od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, co z kolei skutkuje brakiem ziszczenia się przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 PZP;

Zarzut 4. Zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu 1 i/lub Zarzutu 2 i/lub Zarzutu 3 - naruszenie przepisu naruszenie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 PZP w związku 109 ust. 3 PZP w zw. z art. 16 PZP - poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że wykluczenie to jest w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Zarzut 5. Zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu 1 i/lub Zarzutu 2 i/lub Zarzutu 3 - naruszenie przepisu art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 PZP - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień.

Zarzut 6. Zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu 1 i/lub Zarzutu 2

i/lub Zarzutu 3 - naruszenie przepisu art. 110 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 16 PZP - poprzez

zaniechanie wezwania Odwołującego do wykazania rzetelności i udowodnienia Zamawiają-

cemu, że spełnia przesłanki określone w art. 110 ust. 2 PZP.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie niniejszego

odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności oceny ofert,
2. Unieważnienia czynności
3. Unieważnienia czynności
4. Unieważnienia czynności

wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Odwołującego, odrzucenia oferty Odwołującego,

5. Ewentualnie - wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień;
6. Ewentualnie - wezwania Odwołującego do wykazania rzetelności i udowodnienia Zama-

wiającemu, że spełnia przesłanki określone w art. 110 ust. 2 PZP;

7. Ponowną ocenę ofert.

Stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia:

1. Zamawiający wskazał w SWZ w rozdziale 6 pkt. 6.2, że przewiduje zastosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1), 5), 7), 8), 9) i 10)

ustawy Pzp.

2. Jednocześnie Zamawiający wskazał w rozdziale 8 pkt. 8.1 SWZ, że (...) Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Stąd też Odwołujący nie złożył wraz z ofertą jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej „formularz JEDZ" lub „JEDZ").

3. Pismem z dnia 26.07.2022 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że ocenił jego ofertę jako najkorzystniejszą oraz wezwał Odwołującego między innymi do złożenia w terminie do dnia 08.08.2022 r. formularza JEDZ oraz oświadczenia o aktualności zawartych w nim informacji.

4. W dniu 04.08.2022 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu formularz JEDZ oświadczając w części III sekcja C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi:

rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje

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 OTak •Nie

5. Jednocześnie Odwołujący do formularza JEDZ załączył stosowne wyjaśnienia, w których

wskazał, że ma świadomość, że zostały złożone w stosunku do niego oświadczenia o rozwiązaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niemniej jednak żadne z takich oświadczeń nie zostało złożone na podstawie realizacji przesłanki niewykonania i nienależytego wykonania w istotnym stopniu wcześniejszej umowę w sprawie zamówienia publicznego. Stąd też Odwołujący zaznaczył odpowiedź „NIE" w przedmiotowym punkcie formularza JEDZ. Jednocześnie Odwołujący załączył do JEDZ jako załącznik obszerne wyjaśnienia okoliczności rozwiązania kilku umów oraz naliczenia istotnych kar umownych - realizując tym samym obowiązek przedstawienia Zamawiającemu sytuacji, w których doszło do rozwiązania umowy w istotnej części lub też nałożono kary umowne dotyczące istotnych

zobowiązań umownych.

Jako jedną z umów, która została rozwiązana przed czasem i w ramach której doszło do naliczenia kar umownych, Odwołujący wskazał umowę nr WI-K/P/150310/2/1 zawartą pomiędzy Odwołującym a Zarządem Dróg Wojewódzkich w Katowicach (dalej „Umowa") - przedstawiona w pkt 2 w/w wyjaśnień do JEDZ.

6. Zamawiający w dniach 2.09.2022 - 22.11.2022r. prowadził z ZDW w Katowicach korespondencję dotyczącą okoliczności rozwiązania Umowy i naliczenia kar umownych.

7. Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienia w zakresie okoliczności rozwiązania Umowy i naliczenia kar umownych - ograniczając się w tym zakresie do w/w korespondencji z ZDW w Katowicach.

8. Zamawiający w dniu 10.02.2023 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7), 8) oraz 10) ustawy Pzp.

9. Odwołujący w dniu 20.02.2023 r. wniósł odwołanie od czynności odrzucenia oferty, sygn. akt KIO 467/23. W odwołaniu przedstawiono bardzo szeroką argumentację wykazującą niezasadność czynności odrzucenia, w tym między innymi Odwołujący wykazał, że Zamawiający ustalił błędny stan faktyczny, bazując wyłącznie na informacjach uzyskanych od Zarządu Dróg Wojewódzkich w Katowicach - które to informacje w części pozostają w sprzeczności ze stanem faktycznym.

10. Jednocześnie odwołanie wniosła także firma MGGP S.A. - sygn. akt 476/23.

11. Zamawiający w dniu 02.03.2023 r. przesłał pismo „Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej".

12. Do obu postępowań odwoławczych przystąpił wykonawca B-Act Sp. z o.o. - po stronie Zamawiającego.

13. Zamawiający w dniu 03.03.2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

14. Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 06.03.2023 roku umorzyła oba postępowania odwoławcze, wskazując w uzasadnieniu: Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła,

iż z uwagi na bezprzedmiotowość merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania postępowania niniejsze podlegają umorzeniu na podstawie art. 568 pkt ustawy Pzp, gdyż przedmiot zaskarżenia, jego substrat ustał, albowiem Zamawiający dokonał już czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zapowiedział powtórzenie czynności badania i oceny ofert. (...) Zdaniem Izby przedmiotowe rozstrzygnięcie nie dezawuuje możliwości wniesienia odwołania przez wykonawców na nowe czynności Zamawiającego, które zostaną przekazane wraz z nowym wyborem oferty najkorzystniejszej.

15. W dniu 21.03.2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o ponownym odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7), 8) oraz 10) ustawy Pzp. Uzasadnienie odrzucenia oferty - co należy podkreślić - ma treść taką samą, jak pismo z 10 lutego 2023 roku. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego całkowicie pominął argumentację wskazaną w odwołaniu KIO 467/23, w szczególności powielił te same błędne elementy stanu faktycznego, na które powoływał się uprzednio.

16. Wobec powyższego -poniższe odwołanie w zasadniczej treści stanowi powtórzenie odwołania KIO 467/23, gdyż podstawą odwołania jest treść pisma Zamawiającego z 21.03.2023r., które pozostało niezmienne. Niemniej jednak - w celu zachowania ekonomiki procesowej - Odwołujący postara się do spodziewanej przyszłej argumentacji Zamawiającego, przedstawionej uprzednio w Odpowiedzi na odwołanie z 03.03.2023r.

Stan faktyczny realizacji Umowy - elementy istotne dla odstąpienia od Umowy:

17. Odwołujący poniżej szczegółowo przedstawia stan faktyczny mający znaczenie dla odstąpienia od Umowy:

18. W pierwszej kolejności należy wskazać, że w dniu 25.09.2015 r. Odwołujący działając w Konsorcjum zawarł z Województwem Śląskim 2 umowy:

a) Umowę nr WI-K/P/150310/2/1 (dalej „Umowa").

b) Umowę nr WI-K/P/150527/1/1 - okoliczności związane z odstąpieniem od tej umowy nie są objęte odwołaniem, gdyż nie stanowią podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego.

19. Wartość Umowy wynosiła 3.259.492,62 złotych brutto. Zgodnie z § 1 przedmiotem Umowy było:

a) opracowanie dokumentacji projektowej składającej się ze wskazanych w Tabeli Prac Projektowych opracowań dla zadania: Opracowanie dokumentacji projektowej przebudowy drogi wojewódzkiej nr 933 wraz pełnieniem nadzoru autorskiego wraz z uzyskaniem w imieniu Zarządu Województwa Śląskiego wymaganych pozwoleń na realizację robót budowalnych, b) wykonanie czynności, o których mowa w pkt F OPZ, po uzyskaniu wymaganych pozwoleń na realizację robót budowlanych,

c) udzielanie odpowiedzi na pytania w trakcie postępowania o zamówienie publiczne na wykonanie robót budowlanych realizowanych na podstawie Dokumentacji Projektowej oraz do-

konywaniu ewentualnych zmian Dokumentacji projektowej, których konieczność będzie wynikać z zadawanych pytań i udzielanych odpowiedzi,

d) sprawowanie zgodnie z ustawą z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane nadzoru autorskiego nad robotami budowlanymi realizowanymi na podstawie Dokumentacji projektowej.

20. Umowa była realizowana przez Odwołującego w okresie wrzesień 2015 roku - sierpień 2019 roku, czyli prawie przez 4 lata i została zrealizowana prawie w całości. Do realizacji pozostało sprawowanie nadzoru autorskiego nad robotami budowlanymi realizowanymi na podstawie Dokumentacji projektowej, dla którego wynagrodzenie w Umowie zostało określone na 84.609 złote netto.

21. Pod koniec 4 roku realizacji Umowy pismem nr TPF/2019/225/GP/556 z dnia 12.08.2019r. Odwołujący zwrócił się do ZDW w Katowicach z wnioskiem o akceptację zmiany personelu Odwołującego, zgodnie z § 3 ust. 5 Umowy.

22. ZDW w Katowicach w bezzasadny i bezpodstawny sposób uchylał się od akceptacji personelu Odwołującego wskazanego do zmiany. Podkreślić należy, że wskazany do zmiany Personel spełniał wymagania określone w Umowie. Tym samym odmowa zgody na zmianę personelu stanowiło naruszenie przez ZDW w Katowicach zobowiązań umownych (§ 3 ust. 5 Umowy). Wobec powyższego oraz jak również z uwagi na naruszenie przez ZDW w Katowicach szeregu innych postanowień Umowy, pismem nr TPF/2019/225/RP/624 z dnia 04.09.2019 r. Odwołujący wezwał ZDW w Katowicach do niezwłocznego zaniechania naruszeń, a w szczególności do akceptacji personelu Odwołującego, zgłoszonego w piśmie z dnia 12.08.2019 r., najpóźniej w terminie do dnia 09.09.2019 r., pod rygorem odstąpienia od Umowy z przyczyn leżących po stronie ZDW w Katowicach.

Należy podkreślić, że bez akceptacji zmiany personelu przez ZDW w Katowicach, Odwołujący nie miał możliwości dalszej realizacji Umowy, w tym pełnienia nadzoru autorskiego. Oczekiwanie przez ZDW w Katowicach, że po 4 latach realizacji Umowy - skład personelu pozostanie niezmienny, jest nieracjonalne.

23. W terminie do dnia 09.09.2019 r. ZDW w Katowicach nie wykonał wezwania Odwołującego. Wobec czego Odwołujący pismem nr TPF/2019/225/RP/647 z dnia 11.09.2019 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w niewykonanej części, z przyczyn zależnych od ZDW w Katowicach. W związku z odstąpieniem od Umowy z przyczyn zależnych od ZDW w Katowicach, Odwołujący obciążył ZDW w Katowicach karą umowną za odstąpienie, na podstawie § 8 ust. 3 Umowy, w wysokości 264.999,40 zł. Jednocześnie Odwołujący wezwał ZDW w Katowicach do zapłaty przedmiotowej kary umownej w terminie 14 dni od dnia otrzymania pisma Odwołującego.

24. ZDW w Katowicach pismem nr WI-K.5730.RPO.6.13.MMOR.18203.19 z dnia 07 listopada 2019 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w części nie wykonanej, tj. w zakresie sprawowania nadzoru autorskiego nad robotami budowlanymi realizowanymi na podsta-

wie Dokumentacji projektowej.

25. Jednocześnie w dniu 13 listopada 2019 roku ZDW w Katowicach zawarł z dotychczasowym podwykonawcą Odwołującego, firmą Value Engineeirng Sp. z o.o. umowę na pełnienie usług nadzoru autorskiego. Według najlepszej wiedzy Odwołującego ZDW w Katowicach prowadził z podwykonawcą Odwołującego co najmniej od sierpnia 2019 roku rozmowy mające na celu ustalenie zasad współpracy przy realizacji usług nadzoru autorskiego.

26. Pismem nr TPF/201/225/GP/838 z dnia 14.11.2019 r. Odwołujący poinformował ZDW w Katowicach, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy jest bezzasadne, bezpodstawne, bezskuteczne i nieważne. W szczególności wskazano, że zostało złożone przez Jerzego Machowskiego - osobę nie uprawnioną do składania oświadczeń w imieniu ZDW w Katowicach. Ponadto wykazano brak podstaw faktycznych i prawnych do złożenia oświadczenia o odstąpieniu.

Zarzut 1. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust.1 pkt. 7) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący nie znajdował się w 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 w sprawie zamówienia publicznego;

Zarzut 2. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust.1 pkt. 8) oraz 10) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd ani nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd;

27. W piśmie z dnia 21 marca 2023 r. w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podnosi, iż w jego ocenie w zakresie Umowy wprost ziściły się przesłanki dopuszczenia się przez Odwołującego nienależytego wykonania zamówienia - wskazując, że:

a. przeciwko Odwołującemu toczone są postępowania sądowe na łączną kwotę 796 998,20 PLN, w tym w jednej ze spraw zapadł już prawomocny wyrok - co zdaniem Zamawiającego zataił Odwołujący;

b. z wiedzy, jaką posiadł Zamawiający, tj. zgodnie z oświadczeniem ZDW w Katowicach, dokumentacja objęta Umową obarczona była licznymi wadami, w tym wadami skutkującymi koniecznością wstrzymania prowadzonych robót budowlanych.

Co za tym idzie w ocenie Zamawiającego: Wykonawca, który wiedział, że znajduje się w sporze z Zamawiającym, który naliczył mu znacznej wysokości kary umowne z tytułu nie wykonania części umowy oraz nienależytego jej wykonania i nie uznał wniesionego przeciwko niemu powództwa - nie mógł obiektywnie twierdzić, a nawet przypuszczać, że naliczona kara pozostaje bez znaczenia dla oceny art. 109 ust. 1 pkt 7). Tak więc względem Odwołującego zdaniem Zamawiającego ziściły się również przesłanki art. 109 ust. 1 pkt. 8) i 10) PZP.

28. W pierwszej kolejności należy wskazać, że w sprawie nie istnieje żaden ze wskazanych przez Zamawiającego elementów stanu faktycznego.

a. przeciwko Odwołującemu nie toczą są postępowania sądowe na łączną kwotę 796 998,20 PLN - toczył się jedynie proces o 2.000 zł (o czym więcej w dalszej części odwołania), który to proces - wobec jego znikomej wartości - rzeczywiście nie został ujęty w wyjaśnieniach do JEDZ.

b. dokumentacja objęta Umową nie jest obarczona żadnymi wadami, w tym w szczególności wadami skutkującymi koniecznością wstrzymania prowadzonych robót budowlanych. Należy podkreślić, że Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na tę okoliczność - nie przedstawił, gdyż dowód taki po prostu nie istnieje wobec prawidłowego wykonania dokumentacji. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający po otrzymaniu odwołania KIO 467/23 posiada szczegółową wiedzę odnośnie powyższego - a pomimo tego nie zmienił ani stanowiska w sprawie, ani też - co już jest kuriozalne - nie zmienił uzasadnienia odrzucenia oferty.

29. Odwołujący z pełną stanowczością zaprzecza, jakoby na którymkolwiek etapie postępowania w przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd. W wyjaśnienia składanych w załączeniu do formularza JEDZ Odwołujący wyraźnie wskazał na następujące okoliczności:

a. pismem z dnia 11.09.2019 r. Konsorcjum TPF Sp. z o.o., TPF Getinsa Euroestudios S.L. złożyło oświadczenie o odstąpieniu od Umowy z dniem 11.09.2019 r., w niewykonanej części, z przyczyn zależnych od Zamawiającego (rażące naruszenie postanowień Umowy) i wezwało Zamawiającego do zapłaty kary umownej w wysokości 264.999,40 zł.

b. Zamawiający - Województwo Śląskie pismem z dnia 07.11.2019 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od Umowy, w niewykonanej części, na podstawie art. 4921 k.c., art. 491 § 1 i 2 k.c. oraz § 14 ust. 1 pkt b) Umowy. Zamawiający wezwał Wykonawcę do zapłaty kary umownej w wysokości 794.998,20 zł w związku ze złożonym przez Zamawiającego oświadczeniem o odstąpieniu od Umowy. (...) Na chwilę obecną Zamawiający

nie złożył pozwu o zapłatę kar umownych.

Powyższy opis sytuacji procesowej jest w pełni zgodny ze stanem faktycznym oraz w pełni aktualny na dzień składania JEDZ. Ciężko również uznać jakoby Odwołujący przedstawiając powyższe informacje próbował coś zataić. Odwołujący wyraźnie wskazał, że:

✓ otrzymał od ZDW w Katowicach wezwanie do zapłaty z tytułu kary umownej w wysokości 794 998, 20 zł w związku ze złożonym przez ZDW w Katowicach oświadczeniem

o odstąpieniu od Umowy,

✓ jak również, że ZDW w Katowicach nie złożył pozwu o zapłatę kar umownych.

Podkreślić należy, że brak złożenia przez ZDW w Katowicach pozwu o zapłatę w/w kar umownych jest okolicznością niesporną pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym.

30. Jak wynika z porównania wyjaśnień do JEDZ i uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego - w pismach tych pojawiają się 2 różne kwoty kar umownych:

a. Zamawiający wskazuję kwotę 796.998,20 PLN, określając ją jako „łączną kwotę" oraz „w tym w jednej ze spraw zapadł już prawomocny wyrok';

b. Odwołujący wskazuje kwotę 794.998,20 zł, określając ją jako karę umowną w związku ze złożonym przez Zamawiającego oświadczeniem o odstąpieniu oraz wskazuje, że w tym zakresie Zamawiający nie złożył pozwu o zapłatę.

Jak wynika z powyższego - kwoty te różnią się od siebie o 2.000 złotych.

I w tej różnicy tkwi cała istota problemu - istota, która nie została przez Zamawiającego wyjaśniona, a które to 2.000 złotych stało się wyłączną przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego.

31. Zamawiający - jak sam wskazuje: chcąc zweryfikować wyjaśnienia Odwołującego, przedłożył ZDW w Katowicach prośbę o złożenie wyjaśnień w zakresie okoliczności rozwiązania przedmiotowej umowy.

W odpowiedzi na powyższy wniosek ZDW w Katowicach w piśmie z dnia 15.09.2022 r. wskazał:

W pkt. 1.6: „Zamawiający naliczył kary umowne w łącznej wysokości 796 998,20 zł"

W pkt. 1.7: „Z powództwa Zamawiającego przed Sądem Rejonowym dla Warszawy Pragi Północ oraz Sądem Rejonowym w Katowicach prowadzone są postępowania o zapłatę ww. należności na rzecz Zamawiającego. W sprawie prowadzonej przez Sąd Rejonowy w Katowicach sygn. akt: IIC 1045/21 zapadł wyrok w dniu 20.06.2022 r. zasądzający karę umowną objętą pozwem (wyrok jest prawomocny)".

Odwołujący wskazuje, że:

a. stwierdzenie przedstawione w pkt. I.6 przytoczonego pisma jest zgodne ze stanem faktycznym,

b. treść pkt. I.7 przedstawia informacje nie mające potwierdzenia w stanie faktycznym, niezgodne z rzeczywistością, stanowiące ze strony ZDW w Katowicach czystą manipulację.

Odwołujący z całą stanowczością (oraz niejako z przykrością - gdyż musi wskazać na nieprawdziwe informacje przekazane przez ZDW w Katowicach) wskazuje, że nieprawdziwe są stwierdzenia, jakoby wskutek pozwu złożonego przez ZDW w Katowicach toczyły się przeciw Odwołującemu postępowania o zapłatę kar umownych w kwocie 796 998,20 zł.

32. Jedynym pozwem złożonym przez ZDW w Katowicach o zapłatę kary umownej jest pozew złożony przed Sądem Rejonowym w Katowicach o zapłatę kary umownej w kwocie 2 000 zł (sygn. akt: II C 1045/21).

Kara umowna w wysokości 2.000 zł została przez Zamawiającego naliczona w związku z jednodniowym opóźnieniem (zdaniem Zamawiającego) w dostarczeniu Zamawiającemu dokumentacji objętej przedmiotem Umowy w wersji papierowej. Sporna była forma, a nie fakt

dostarczenia dokumentacji. Sama dokumentacja została dostarczona w terminie, Przedmiotowa kara w żaden sposób nie jest powiązana z odstąpieniem przez Zamawiającego od przedmiotowej umowy. Podstawa naliczenia kary umownej nie stanowi też znacznego stopnia niewykonania Umowy, ani też długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z Umowy.

Należy w tym miejscu wskazać, że Odwołujący nie wniósł apelacji od wyroku Sądu Rejonowego w Katowicach - Wschód tylko i wyłącznie z powodu tego, że koszty dalszego prowadzenia sporu sądowego były znacząco wyższe od wartości przedmiotu sporu. Odwołujący wskazuje, że kwestia kary umownej w wysokości 2.000 zł nie została ujęta w wyjaśnieniach do JEDZ - gdyż ta kara umowna w żaden sposób nie realizuje ani przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, który wyraźnie wskazuje na znaczny stopień lub zakres niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Trudno uznać za „znaczny stopień" opóźnienie o 1 dzień w przekazaniu papierowej wersji dokumentacji - przy umowie trwającej 4 lata.

33. Odwołujący jeszcze raz podkreśla - ZDW w Katowicach nie wystąpił przeciwko Odwołującemu z żadnym innym pozwem o zapłatę naliczonych kar umownych, w szczególności -nie wystąpił z pozwem o zapłatę kary umownej w kwocie 794.998,20zł.

34. ZDW w Katowicach - z przyczyn zupełnie niezrozumiałych - wykorzystał fakt postępowania sądowego o wartości przedmiotu sporu w wysokości 2.000 zł i tak sformułował brzmienie w/w pkt I.7. pisma z 15.09.2022r., że wynika z niego, że prowadzone są postępowania sądowe o zapłatę łącznej kwoty naliczonych kar umownych, tj. 796 998,20 zł.

35. Sam Zamawiający zauważył niespójność informacji przekazanych przez ZDW w Katowicach i poprosił o przekazanie szeregu dokumentów, z czego najistotniejsza wydaje się prośba zawarta w piśmie z dnia 04.11.2022 r.: W związku z tym, że sądy rejonowe nie prowadzą spraw powyżej 75 tysięcy PLN zwracamy się z prośbą o informację przed jakim sądem powszechnym toczy się postępowanie o zapłatę kary umownej na kwotę 794 998,20 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy numer WI-K/P/150310/2/1 z dnia 25.09.2015 r. Prosimy jednocześnie o informację dotyczącą sygnatury akt skanu oraz udostępnienie skanu pozwu przedmiotowego postępowania sądowego.

W odpowiedzi ZDW w Katowicach pismem z dnia 22.11.2022 r. wskazało, że: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach informuje ostatecznie, że postępowanie przed Sądem Rejonowym dla Warszawy Praga Północ dotyczy wniosku o zawezwanie do próby ugodowej w ww. sprawie. Sądem właściwym dla tego typu spraw jest Sąd Rejonowy. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach nie dysponuje obecnie powyższym dokumentem. - tym samym ZDW w Katowicach wycofał się z informacji które przedstawił w piśmie z dnia 15.09.2022 r.

Zadziwiające jest, że skoro sam Zamawiający w toku badania oferty Odwołującego odkrył szereg nieścisłości, a wręcz manipulacji ze strony ZDW w Katowicach, czego najdobitniejszym przykładem jest pismo z 22.11.2022 r., Zamawiający

nie zdecydował się na zwrócenie

się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Zamawiający zaś przyjął jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego stanowisko ZDW w Katowicach. który pod presją pytań Zamawiającego w kolejnych wyjaśnieniach zmienił swoje stanowisko, wycofał się z poprzednich wyjaśnień, a wręcz zaczął przedstawiać stanowisko inne niż we wcześniejszych pismach.

36. Podkreślił, że Zamawiający w wyniku korespondencji prowadzonej w dniach 2.09.2022 - 23.11.2022r. pozyskał od ZDW w Katowicach informacje, z których wynika, że jedynym pozwem dotyczącym kar umownych wniesionym przez ZDW w Katowicach był pozew o 2.000 zł (ZDW w Katowicach przekazał nawet wyrok wraz z uzasadnieniem), zaś co do kar umownych w związku z oświadczeniami o odstąpieniu od umowy - jedyną sprawą sądową było zawezwanie do próby ugodowej.

Co więcej - w wyniku odwołania KIO 467/23 Zamawiający otrzymał też szczegółowe wyjaśnienia od Odwołującego. A pomimo tego - Zamawiający jako uzasadnienie odrzucenia oferty podaje wciąż okoliczności niezgodne ze stanem faktycznym.

37. Odnośnie zaś stwierdzenia przekazanego przez ZDW w Katowicach w piśmie z dnia 15.09.2022 r., jakoby dokumentacja opracowana przez Odwołującego (...) obarczona była licznymi wadami, w tym wadami skutkującymi koniecznością wstrzymania prowadzonych robót budowlanych (...), Odwołujący wskazuje, że pierwszy raz spotyka się z takim zarzutem ze strony ZDW w Katowicach. ZDW w Katowicach bowiem odebrało każdy z elementów przedmiotowej dokumentacji bez uwag, co potwierdzają podpisy przedstawicieli ZDW w Katowicach na protokołach odbioru. Co więcej na podstawie w/w protokołów Odwołujący wystawił faktury, które zostały przez ZDW w Katowicach zapłacone w całości. ZDW w Katowicach nigdy nie podnosiło żadnych uwag, nie zgłosiło roszczeń co do jakości dokumentacji.

Warto też zwrócić uwagę, że podwykonawcą Odwołującego była firma Value Engineering Sp. z o.o., z którą następnie ZDW w Katowicach zawarło umowę na nadzór autorski. Gdyby ZDW w Katowicach uważał, że dokumentacja jest wadliwa i została źle wykonana - nie zawarłby z tą firmą umowy.

Na koniec Odwołujący pragnie zwrócić uwagę, że na podstawie przedmiotowej dokumentacji inwestycja została zrealizowana i obecnie obiekt jest użytkowany jako pełnowartościowa droga wojewódzka.

Reasumując kwestię rzekomego wadliwego wykonania Umowy wskazać należy:

a) Wszystkie elementy dokumentacji wykonanej na podstawie Umowy zostały odebrane przez ZDW w Katowicach bez uwag;

b) ZDW w Katowicach nigdy wcześniej nie zgłosił żadnych roszczeń z tytułu należytego wykonania Umowy, w szczególności nie zgłosił żadnych roszczeń z tytułu gwarancji czy rękojmi;

c) ZDW w Katowicach nigdy nie naliczył żadnych kar związanych z jakością dostarczonej

dokumentacji.

38. Podsumowując - dotychczas toczyły się 2 postępowania sądowe dotyczące kar umownych naliczonych na podstawie Umowy:

a. Przed Sądem Rejonowym Katowice - Wschód w Katowicach, sygn. akt II C 1045/21 z powództwa Województwa Śląskiego - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach o zapłatę 2.000 zł, tytułem kary umownej za niedochowanie o 1 dzień terminu dostarczenia dokumentacji w formie papierowej;

b. Przed Sądem Rejonowym dla Warszawy Pragi - Północ w Warszawie, sygn. akt VII Co 127/22 z wniosku Województwa Śląskiego - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach o zawezwanie do próby ugodowej w sprawie zapłaty kary umownej w kwocie 794.998,20 zł.

39. Ani w dniu składania dokumentu JEDZ, ani w chwili obecnej nie toczy się z powództwa ZDW w Katowicach żadne postępowanie sądowe dotyczące kar umownych z tytułu odstąpienia od Umowy.

I takiej treści oświadczenie Odwołujący złożył w wyjaśnieniach do JEDZ.

40. Odnosząc się do treści pisma o odrzuceniu oferty Odwołującego należy wskazać, że brak w tym piśmie wykazania przez Zamawiającego:

a. skutecznego odstąpienia przez ZDW w Katowicach od Umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego;

b. winy Odwołującego;

c. naliczenia przez Zamawiającego zasadnej kary umownej;

d. okoliczności, że czynności Zamawiającego dotyczyły istotnej części Umowy.

Zamawiający ograniczył się do bezkrytycznego zacytowania pism ZDW w Katowicach - przy czym cytowanie to było wybiórcze.

> 41. Tym samym Zamawiający nie wykazał, że wobec Odwołującego ziściła się przesłanka wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. Cała argumentacja Zamawiającego w zakresie stanu faktycznego ogranicza się do przedstawienia stanowiska ZDW w Katowicach, całkowicie ignorując wyjaśnienia złożone przez Odwołującego - zarówno wyjaśnienia do JEDZ, jak i wyjaśnienia przedstawione w odwołaniu KIO 467/23. Takie ograniczenie się do zaprezentowania stanowiska wyłącznie podmiotu publicznego, nie jest wystarczające do weryfikacji, czy rozwiązanie umowy lub też naliczenie kary umownej było uprawnione. Tak też wskazywała wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo:

✓ W wyroku z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2905/21: Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi, że 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 za-

stępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Obowiązkiem Zamawiającego, który musiał zostać zrealizowany przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania (niezależnie od podstawy) było wykazanie, że zostały wypełnione przesłanki wykluczenia. W ocenie Izby Zamawiający nie wypełnił tego obowiązku - zamiast tego, Zamawiający dał wiarę stanowisku przedstawionemu przez S. i Z., mimo, że informacje przekazane przez te podmioty były bardzo skąpe. Z. ograniczył się do udzielenia Zamawiającemu podstawowych odpowiedzi na zadane pytania, przy czym z treści odpowiedzi Z. jasno wynikało, że między tym podmiotem, a Odwołującym zaistniał silny konflikt. Dlatego Zamawiający nie powinien traktować informacji uzyskanych od Z. w sposób bezkrytyczny, a co za tym idzie - w miarę swoich możliwości zweryfikować te dane. (...) Podkreślić należy, że wykazanie zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania na podst. Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie może ograniczyć się do uzyskania określonych informacji od zamawiających, na rzecz których dany wykonawca realizował umowy. Informacje takie wymagają weryfikacji, szczególnie, gdy - jak na gruncie tego postępowania - zamawiający dysponował wyjaśnieniami Odwołującego całkowicie sprzecznymi ze stanowiskiem S. i Z. Brak krytycznej oceny i weryfikacji informacji dotyczących okoliczności, które doprowadziły do przedwczesnego zakończenia (bądź nieprawidłowej realizacji) umów uniemożliwił wykazanie zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

✓ w wyroku z dnia 6 sierpnia 2018r., sygn. akt KIO 1435/18, KIO 1440/18: Podkreślenia wymaga, że złożone przez odwołującego T dowody prezentowały jedynie ocenę zamawiającego PKP co zasadności rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie konsorcjum, co nie jest wystarczające do weryfikacji, czy rzeczywiście rozwiązanie ww. umowy było uprawnione

✓ w wyroku z dnia 4 listopada 2019r., sygn. akt KIO 2105/19: Odwołujący oparł zarzut o informacje od zamawiającego uzyskane z pisma zamawiającego z dnia 25 lutego 2019r. i innych dowodów na okoliczność rozwiązania umów z przystępującym T nie powoływał. Natomiast w ocenie Izby w sytuacji gdy przystępujący tym okolicznościom przeczy powołując się na wyjaśnienia przedstawione zamawiającemu w dniu 27 lutego 2019r., to nie można dowodu odwołującego uznać za rozstrzygający w przedmiotowej sprawie. Zawiera on bowiem oświadczenie jednej ze stron umowy, które druga ze stron umowy podważa. Umowa ta nie ma waloru decyzji administracyjnej wydawanej w granicach władztwa publicznego, tym samym sam fakt złożenia oświadczenia przez zamawiającego może podlegać ocenie i badaniu.

Także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 17 czerwca 2022 roku, sygn. akt XXIII Zs 71/22 wskazał na wadliwość zachowania się Zamawiającego - gdy ten opiera się wyłącznie na dokumentach podmiotu publicznego, pomijając zupełnie możliwość wyjaśnienia s

prawy z danym wykonawcą: Zgodzić należy się ze stanowiskiem zawartym w odpowiedzi na skargę, iż realizując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 2905/21 zamawiający nie uzyskał żadnych nowych informacji, które uzasadniałyby wykluczenie (...) SA. z postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza w w/w orzeczeniu wskazała bowiem, iż skoro zamawiający zdecydował się wyeliminować z postępowania wykonawcę, który nie zrealizował wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego w sposób należyty, to powinien mieć świadomość ,że w zakresie dowodowym podejmuje się bardzo trudnego zadania. Wskazać należy, iż zamawiający nie odniósł się do wyjaśnień (...), oparł się na informacjach uzyskanych od zamawiających w tamtych postępowaniach. Tymczasem stanowisko zamawiającego ma w tej sytuacji znaczenie zbliżone do orzeczenia sądu rozstrzygającego spór, czyli szczegółowego rozważenia całego zebranego w sprawie materiału dowodowego. Wykluczenie z postępowania jest, w ocenie sądu okręgowego, quasi sankcją karną, zatem wszystkie przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy powinny być szczegółowo zbadane.

W świetle powyższych stanowisk Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Zamówień Publicznych zaskakujące jest uporczywe trwanie przez Zamawiającego przy pierwotnym stanowisku. Zamawiającemu publicznemu nie przystoi bowiem ignorowanie stanowisk organów orzekających. Po zapoznaniu się z odwołaniem KIO 467/23 Zamawiający powinien co najmniej wyjaśnić wszystkie wskazane nieprawidłowości i sprzeczności wskazanej podstawy faktycznej odrzucenia z rzeczywistym stanem faktycznym. W szczególności Zamawiający był zobowiązany ustalić, czy ZDW w Katowicach skutecznie odstąpił od Umowy z przyczyn zawinionych przez Odwołującego oraz czy odstąpienie dotyczyło istotnej części umowy.

Tymczasem Zamawiający całkowicie zaniechał dokonania takich ustaleń - już samo to powoduje nieważność czynności

odrzucenia oferty Odwołującego.

42. Odwołujący wskazał, że w każdym zobowiązaniu kontraktowym pojawić się mogą spory co do interpretacji zapisów umownych czy dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji umowy. Strony mogą dokonywać odmiennej oceny zaistniałych okoliczności faktycznych czy prawnych - jak to miało miejsce w w/w sprawach. Z kolei wykluczenie może mieć miejsce wyłącznie w przypadku obiektywnego stwierdzenia, że wszystkie przesłanki wykluczenia miały miejsce. Mogłoby to mieć miejsce po dogłębnej analizie stanowisk obu stron sporu, analizie materiału dowodowego, ocenie mocy dowodowej poszczególnych dowodów, w tym dokumentów, jak i stanowisk stron. Tymczasem Zamawiający takiego materiału dowodowego w ogóle nie przedstawił ani też nawet nie dążył do jego pozyskania.

Powyższe stanowisko Odwołującego potwierdza też stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo można tutaj wskazać:

✓ Wyrok z dnia 14 czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 988/19: „Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. jest dopuszczalne jedynie

w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Aby to uczynić zamawiający musi się odwołać do konkretnych postanowień zawartej umowy, do których wykonawca się do nie dostosował."

✓ Wyrok z dnia 26 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 454/18: „Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a

zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał."

✓ Wyrok z dnia 23 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 434/18: „Brak wykazania chociażby jednej z przesłanek uregulowanych przez ustawodawcę w ww. przepisie wyłącza możliwość wykluczenia wykonawcy na tej podstawie. Ponadto, sam fakt rozwiązania umowy (rozwiązanie umowy obejmuje wypowiedzenie lub odstąpienie, na podstawie postanowień umownych, lub z przyczyn ustawowych) należy uznać za niewystarczający. Przy badaniu ww. przesłanki wykluczenia należy rozważyć czy odstąpienie od umowy było spowodowane przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie wykonawcy, czy też nie oraz czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie było istotne."

✓ Wyrok z dnia 21 marca 2018 roku, sygn. akt KIO 422/18: „ Wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając Wykonawcę, Zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, czego konkretnie Wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wy-

konał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego Wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, że Wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące."

43. Odnośnie zaś naruszenia przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP Odwołujący wskazuje, że, jak wynika z powyżej opisanego stanu faktycznego - Odwołujący nie podał żadnych nieprawdziwych informacji ani nie wprowadził Zamawiającego w błąd. Jak wynika z treści pisma Zamawiającego z 21 marca 2023r. podstawą faktyczną wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 jest: „Przeciwnie, każdy rzetelnie działający wykonawca ma świadomość, że prawidłowym i powszechnie przyjętym w obrocie sposobem wypełniania JEDZ jest transpa-rentne podanie okoliczności dotyczących naliczania kar, które mogą zostać kwalifikowane przez art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, jako podstawa wykluczenia z postępowania i ewentualne opisanie swojego stanowiska w tym zakresie, co JEDZ umożliwia - także, gdy wykonawca jest przekonany, że nie powinien zostać wykluczony z postępowania. Mając tą świadomość wykonawca zdecydował się zachować inaczej, czyli zataić fakt, że w zakresie naliczonych kar umownych toczą się przeciwko niemu postępowania sądowe, w tym w jednej ze spraw zapadł już prawomocny wyrok, o czym Wykonawca wiedział składając oświadczenie JEDZ w dniu 04.08.2022 r." Odwołujący zanalizuje poniżej tę wskazaną przez Zamawiającego podstawę faktyczną wykluczenia:

Stanowisko Zamawiającego	Komentarz Odwołującego

Przeciwnie, każdy rzetelnie działający wykonawca ma świadomość, że prawidłowym i powszechnie przyjętym w obrocie sposobem wypełniania JEDZ jest transparentne podanie okoliczności dotyczących naliczania kar, które mogą zostać kwalifikowane przez art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, jako podstawa wykluczenia z postępowania i ewentualne opisanie swojego stanowiska w tym zakresie, co JEDZ umożliwia - także, gdy wykonawca jest przekonany, że nie powinien zostać wykluczony z postępowania.	W wyjaśnieniach do JEDZ przedstawiono okoliczności odstąpienia od Umowy oraz wskazano na naliczenie kar umownych

Mając tą świadomość wykonawca zdecydował się zachować inaczej, czyli zataić fakt, że w zakresie naliczonych kar umownych toczą się przeciwko niemu postępowania sądowe,	W dniu składania JEDZ nie toczyła się przeciwko Odwołującemu sprawa z zakresie naliczonych kar umownych z powództwa ZDW w Katowicach. Co więcej - sprawa taka nie toczy się też obecnie.
w tym w jednej ze spraw zapadł już prawomocny wyrok, o czym Wykonawca wiedział składając oświadczenie JEDZ w dniu 04.08.2022 r.”	Odwołujący rzeczywiście nie opisał sprawy sądowej o wartości 2.000 zł. Z całą bowiem pewnością nie dotyczy to istotnego zobowiązania umownego. Dokumentacja została wykonana i odebrana przez Zamawiającego. Kara umowna w wysokości 2.000 zł dotyczyła rzekomego 1-dniowego opóźnienia w przekazaniu dokumentacji w formie papierowej.

Zarzut 3. Naruszenie przepisu art. 111 pkt 4 PZP w zw. z art. 109 ust.1 pkt 7), 8) i 10) Ustawy PZP poprzez wykluczenie Odwołującego, pomimo iż upłynął okres 3 lat od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, co z kolei skutkuje brakiem ziszczenia się przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 PZP.

44. Niesporne w sprawie jest to, iż odstąpienie od Umowy miało miejsce jesienią 2019 roku, w zależności od tego, które oświadczenie uznać za skuteczne:

a. W dniu 11.09.2019 r. - zgodnie z pismem Odwołującego nr TPF/2019/225/RP/647 o odstąpieniu od Umowy w niewykonanej części, z przyczyn zależnych od ZDW w Katowicach;

b. W dnia 07.11.2019 zgodnie z pismem ZDW w Katowicach nr WI-K.5730.RPO.6.13.MMOR.18203.19 o odstąpieniu od Umowy.

45. Zgodnie z przepisem art. 109 ust. 1 pkt 7 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. Z kolei w myśl art. 111 pkt 4 Ustawy PZP wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na

okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przedmiotowy 3-letni okres upłynął w dniu 7 listopada 2022 roku, a zatem 3 miesiące wcześniej niż dokonana przez Zamawiającego czynność wykluczenia Odwołującego.

Ze wskazanych powyżej przepisów PZP wynika, iż możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego zależna jest nie tylko od zaistnienia okoliczności określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (przesłanka pozytywna), ale również od braku upływu okresu trzech lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, na co wskazuje art. 111 pkt 4 ustawy Pzp (przesłanka negatywna). Tylko i wyłącznie kumulatywne spełnienie obu

tych przesłanek warunkuje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. Tak też wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 marca 2022 roku, sygn. akt KIO 566/22: Art. 111 ustawy Pzp ogranicza możliwość wykluczenia wykonawców ze względu na upływ czasu, co stanowi jedną z gwarancji realizacji zasad proporcjonalności i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W świetle prawa krajowego i unijnego nie sposób uznać za proporcjonalną sankcji dopuszczającej bezterminową możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy z uwagi na zaistnienie jednego, określonego zdarzenia podważającego jego rzetelność. Art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wyznacza okres maksymalny, w jakim może mieć miejsce wykluczenie wykonawcy z powodu danego zdarzenia, a upływ tego okresu powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia zaistniała. W przypadku przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, po upływie trzyletniego okresu wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, rzetelność wykonawcy nie może być podważana z powodu nienależytego wykonania danej umowy. Okoliczność, iż wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp trzyletni okres trwania stanu wykluczenia ma charakter maksymalny, wynika chociażby z motywu 101 dyrektywy 2014/24/UE stanowiącego, że "(...) Instytucje te 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. (...)" Wskazuje na to także art. 57 ust. 7 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym "Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa

unijnego, warunki wykonania niniejszego artyku-

łu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności (...)."

46. Podkreślił, że także Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Zamówień Publicznych prezentuje jednolite stanowisko w zakresie niemożności wykluczenia wykonawcy, gdy w dacie czy to czynności Zamawiającego, czy też wydawania wyroku, upłynęły już terminy wskazane w art. 11 PZP. W wyroku z dnia 15 czerwca 2022 roku, sygn. akt XXIII Zs 60/22 wskazano: Następnie Sąd Okręgowy wskazuje, iż art. 111 ustawy p.z.p. wyznacza granice czasowe istot-ności/ważności ujawnionych okoliczności stanowiących podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, co stanowi jedną z gwarancji realizacji zasad proporcjonalności i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

47. Stanowisko judykatury jest zgodne ze stanowiskiem doktryny:

a. „Wykluczenie wykonawcy z postępowania za zaniechanie lub czynność, która została w przepisach art. 108 i 109 ustawy Pzp uznana za negatywną i świadczącą o utracie rzetelności przez wykonawcę, nie może mieć miejsca bezterminowo od wystąpienia danego zdarzenia. Tego typu sankcja byłaby nieproporcjonalna i niedająca możliwości uwzględnienia zmiany, jaka zaszła w prowadzeniu działalności przez wykonawcę. Stąd niezbędne jest określenie ustawowo terminu, w jakim wykonawca podlega wykluczeniu (...). Okres, w jakim nastąpi wykluczenie, został ustalony różnie dla różnych przesłanek wykluczenia. Stwierdzając zajście okoliczności wypełniających przesłanki, zamawiający musi określić czas, w jakim dane zdarzenie wystąpiło, oraz ustalić, czy upłynął okres wskazany w przepisach. Jeżeli okres ten upłynął, wykluczenie nie może nastąpić(por. M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski i in. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. WKP 2021)

b. „W art. 111 ustawy Pzp (...) przewidziano pewnego rodzaju "zatarcie skazania" stosowane do oceny przesłanek wykluczenia. (...) Po upływie okresów, o których mowa w art. 111 ustawy Pzp, wykluczenie wykonawcy z powodu skazania nie będzie możliwe. Dotyczy to nie tylko przestępstw karnych, ale również innych zdarzeń, które zgodnie z art. 108 lub 109 ustawy Pzp stanowią podstawy wykluczenia." (por. J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz. wyd. C.H. Beck, 2021 r.).

48. Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 552 ust. 1 Ustawy PZP - wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Stąd też Izba nie może pominąć faktu, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie była prawidłowa, ponieważ wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty z tego powodu nastąpiło po upływie okresu wykluczenia wskazanego w art. 111 pkt 4 Ustawy PZP.

49. Odwołujący wskazał, że nie ma znaczenia, że w dacie składania JEDZ nie upłynął jeszcze termin wskazany w art. 11 pkt Ustawy PZP. Istotne jest bowiem to, że Ustawa PZP okre-

śla wyłącznie długość trwania okresu wykluczenia i nie zawiera przepisów, które wskazywałyby na możliwość zawieszenia czy przerwania biegu okresu wykluczenia na skutek zaistnienia określonych zdarzeń, w szczególności nie przewiduje możliwości wstrzymania biegu tego okresu, w sytuacji złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Upływ okresu wykluczenia następuje ex lege i powoduje, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania ustaje. Skoro Ustawa PZP nie zawiera żadnych regulacji umożliwiających przedłużenie tego okresu (jak na przykład instytucja przedłużenia przedawnienia karalności z art. 102 Kodeksu karnego), to z faktu, że okres wykluczenia upłynął w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie można wywodzić dla wykonawcy negatywnych konsekwencji. W przeciwnym razie wykonawca zostałby wykluczony z postępowania za zdarzenie, wobec którego okres wykluczeniu już upłynął. Upływ czasu działa w tym przypadku na korzyść wykonawcy w sposób obiektywny, niezależnie od okoliczności, czy akurat w tym momencie wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia czy też nie. Jeśli nastąpi to w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to w świetle art. 111 pkt 4 Ustawy PZP istniejąca na dzień składania ofert podstawa wykluczenia wykonawcy ustanie. I odwrotnie - w toku postępowania o udzielenie zamówienia mogą zaistnieć zdarzenia dla wykonawcy niekorzystne: wykonawca może nie podlegać wykluczeniu na dzień składania ofert, jednak jeśli podstawa wykluczenia zmaterializuje się w toku postępowania, to Zamawiający będzie mógł wykonawcę z tego postępowania wykluczyć.

Gdyby momentem decydującym o możliwości wykluczenia danego wykonawcy za zaistnienie określonego zdarzenia w sytuacji, gdy okres wykluczenia upływa w toku postępowania o udzielenie zamówienia, miałby być termin składania ofert - to w Ustawie PZP powinny znaleźć się odpowiednie regulacji w tym zakresie. W aktualnym stanie prawnym brak jest jakichkolwiek regulacji, które wskazywałyby na możliwość przedłużenia w takim przypadku okresu wykluczenia do czasu zakończenia danego postępowania o udzielenie zamówienia, ewentualnie do czasu podjęcia przez zamawiającego decyzji eliminującej wykonawcę z postępowania - tak Krajowa Izba Odwoławcza w cytowanym już wyroku KIO 566/22.

50. Skutkiem powyższego jest, że Zamawiający na podstawie stanu faktycznego wskazanego w piśmie z 10.02.2023r. nie był uprawniony wykluczyć Odwołującego z postępowania po listopadzie 2022 roku.

Po pierwsze - w marcu 2023 roku upłynął już 3-letni okres, kiedy Odwołujący podlegał ewentualnemu wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.

Po drugie - wyjaśnienia do JEDZ dotyczące Umowy w marcu 2023 roku stały się bezprzedmiotowe, Odwołujący nie był zobowiązany do ich złożenia. A zatem treść tych

wyjaśnień nie mogła w ogóle doprowadzić czy to wprowadzenia Zamawiającego w błąd, czy też do podania informacji wprowadzających w błąd.

51. W Odpowiedzi na odwołanie z 3.03.2023r. Zamawiający wskazuje, że wykluczył Odwołu-

jącego już w październiku 2022 roku, a jedynie nie poinformował o tym Odwołującego - powołując się na treść protokołu postępowania i załącznika do tego protokołu - Protokół nr 3 z 25.03.2022r.

52. Odwołujący stanowczo przeczy tym twierdzeniom - żadne sformułowanie nie wskazuje na wykluczenie w październiku 2022 roku. Znajdują się w nim następujące sformułowania: a. Stwierdza po analizie dokumentów złożonych przez firmę TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03 - 236 Warszawa, której oferta została złożona jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanki fakultatywnej wykluczenia tj. art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10.

b. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie jako Zamawiający, biorąc pod uwagę wskazany powyżej stan faktyczny, wykluczy wykonawcę TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03 - 236 Warszawa z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r, poz. 1710 z późn. zm.)

Z powyższego jasno i wyraźnie wynika, że Zamawiający w październiku 2022 roku wcale nie wykluczył Odwołującego z postępowania, a jedynie - zapowiedział, że taką czynność podej-mie. Tym samym cała argumentacja Zamawiającego, jakoby wykluczenie Odwołującego miało mieć miejsce w październiku 2022 roku jest stworzona wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego i pozostaje w sprzeczności z dokumentacją postępowania.

53. Niezasadność argumentacji Zamawiającego wynika także z faktu, że jeszcze po 25.10.2022 roku korespondował z ZDW w Katowicach (ostatnie pismo ma datę 22.11.2022r.) - tym samym nie można uznać, że wykluczenie miało miejsce jeszcze w październiku.

Zarzut 4. Zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu 1 i Zarzutu 2 - naruszenie przepisu naruszenie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 PZP w zw. 109 ust. 3 PZP w zw. z art. 16 PZP - poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że wykluczenie to jest w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

54. Zasada proporcjonalności jest jedną z podstawowych zasad prawa Unii Europejskiej, która została uregulowana przede wszystkim w art. 5 ust. 4 Traktatu o Unii Europejskiej. Jest to zasada, która odgrywa kluczową rolę na gruncie prawa unijnego, w tym również regulacji odnoszących się do zamówień publicznych . Zgodnie z zasadą proporcjonalności, zakres i forma działań podmiotu związanego tą zasadą, nie może wykraczać poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia jego celów.

55. Aby wykazać zgodność z zasadą proporcjonalności, należy przeprowadzić dwustopniowy test, który obejmuje:

a. test adekwatności, oraz

b. test niezbędności.

Test adekwatności polega na ocenie, czy dane działanie podmiotu nadaje się do realizacji

założonego celu.

Z kolei test niezbędności polega na ocenie, czy dane działanie nie wykracza ponad to, co jest konieczne do realizacji założonego celu. W przypadku testu konieczności odbywa się to poprzez porównanie planowanego działania z innymi możliwymi rozwiązaniami.

56. Tak rozumiana zasada proporcjonalności oficjalnie pojawiła się w głównym katalogu zasad prawa zamówień publicznych w dyrektywach z 2014 r. Już w pkt 1 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE zostało wyraźnie podkreślone, że udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą: zasadą równego traktowania, zasadą niedyskryminacji, zasadą wzajemnego uznawania, zasadą proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości . Z kolei w motywie 101 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE - na który nota bene wskazuje Zamawiający w piśmie o wykluczeniu Odwołującego - prawodawca unijny podkreślił obowiązek stosowania zasady proporcjonalności przy fakultatywnych podstawach wykluczenia, stwierdzając: „Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy”.

57. Jak podkreśla się w doktrynie prawa zamówień publicznych oraz judykaturze, zasada proporcjonalności jest odzwierciedleniem idei sprawiedliwości, ponieważ w założeniu gwarantuje sprawiedliwe przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skoro środki przyjmowane przez zamawiającego nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celów postępowania .

58. W ten sposób zasada proporcjonalności jest elementem koncepcji godności, racjonalności i sprawiedliwości proceduralnej (ang. procedural dignity, procedural rationality, procedural justice) , które w niniejszej sprawie nie

zostały przez Zamawiającego zachowane. Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności z perspektywy racjonalności proceduralnej, której istota sprowadza się do tego, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia musi w sposób efektywny zapewniać skuteczność prawa zamówień publicznych: gwarantować zgodne z prawem decyzje, podejmowane w możliwie sprawny sposób, z poszanowaniem zasad wydatkowania środków publicznych oraz gwarancji proceduralnych uczestników postępowania.

59. Po pierwsze decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego zapadła zaś z naruszeniem prawa zamówień publicznych, ponieważ Zamawiający wykluczył Odwołującego w sytuacji, w które nie było podstaw normatywnych do takiego działania. W konsekwencji Zamawiający naruszył zasady wydatkowania środków publicznych. W tym kontekście nie można pominąć faktu, że obecnie zasada proporcjonalności w prawie zamówień publicznych jest postrzegana również jako przejaw zasady efektywności ekonomicznej , ure-

gulowanej w przepisie art. 17 ust. 1 nPZP.

60. Po drugie, Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności z perspektywy sprawiedliwości proceduralnej, ponieważ decyzja o wykluczeniu Odwołującego zapadła z naruszeniem norm prawa zamówień publicznych, a zatem nie była decyzją sprawiedliwą.

61. Po trzecie zaś, nawet jeśli przyjąć, że Zamawiający mógł mieć wątpliwości co do istnienia podstaw do wykluczenia Odwołującego, to powinien był umożliwić Odwołującemu ich wyjaśnienie, a nie automatycznie wykluczać Odwołującego. Zamawiający naruszył w ten sposób zasadę proporcjonalności - z perspektywy godności proceduralnej - ponieważ nie zapewnił Odwołującemu odpowiednich gwarancji proceduralnych, nie dając mu możliwości ustosunkowania się do wątpliwości Zamawiającego odnośnie podstaw wykluczenia, ani nie wzywając Odwołującego do przedstawienia dowodów samooczyszczenia.

62. Odnosząc powyższe rozważania do wykluczenia Odwołującego, należy podkreślić, że -jak już wskazano powyżej - w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia kluczowe znaczenie przy ich stosowaniu ma ocena stanu faktycznego, będącego podstawą ewentualnego wykluczenia, oraz jego skutków dla danego postępowania z perspektywy zasady proporcjonalności. Jest to następstwem konieczności zapewnienia jak najszerszej konkurencji, co oznacza, że działając w zgodzie z zasadą proporcjonalności zamawiający nie powinni nadużywać podstaw wykluczenia (poza tymi, które są obligatoryjne). Potwierdza to szerokie orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które wskazuje, że w przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia zamawiający powinien kierować się zasadą proporcjonalności, mając na uwadze, jakie skutki dla konkurencji może wywołać zastosowanie danej fakultatywnej przesłanki wykluczenia .

63. W sprawie będącej przedmiotem niniejszego odwołania, Zamawiający zdecydował się na automatyczne wykluczenie Odwołującego pomijając zupełnie fakt, że:

a. Odwołujący wykonał większość przedmiotu zamówienia - przez 4 lata należycie realizował Umowę;

b. Odwołujący pierwszy odstąpił od Umowy - gdyż jej dalsza realizacja była już niemożliwa, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;

c. Kara umowa zapłacona na podstawie wyroku sądowego to 2.000 złotych, co stanowi ok. 0,03% wartości Umowy;

d. Zamawiający od 2019 roku nie wystąpił z pozwem o zapłatę naliczonej kary umownej - co wyraźnie wskazuje, że nie uważa tego roszczenia za zasadne i takie, które może zostać zasądzone w wyniku procesu sądowego.

Zamawiający nie przeprowadził żadnego testu zgodności z zasadą proporcjonalności w zakresie dokonanego wykluczenia, bezrefleksyjnie zakładając, że wobec Odwołującego zachodzą przesłanki unormowane w art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy Pzp. Nie można pominąć faktu, że instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia ma

zapewnić uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców. Z tej perspektywy należy zastanowić się, czy wykluczenie Odwołującego w niniejszym stanie faktycznym, jest adekwatne do realizacji założonego przez Zamawiającego celu, jakim powinno być zachowanie uczciwej konkurencji.

Symultanicznie należy również przeanalizować, czy dane działanie nie wykracza ponad to, co jest konieczne do realizacji założonego celu. W ocenie Odwołującego, oba warunki testu zgodności z zasadą proporcjonalności nie zostały przez Zamawiającego spełnione. Zgodnie z doktryną prawa europejskiego (Szerzej: S. Arrosmith, The Law of Public and Utilities Pro-curement. Regulation in the EU and UK, vol. 1, 3. edition, Sweet&Maxwell2014, s. 12431244) zasada proporcjonalności ogranicza ewentualne działania instytucji zamawiających o charakterze ostatecznym, polegające na wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Zarzut 5. Zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu 1 i zarzutu 2 - naruszenie przepisu art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 Ustawy PZP - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień.

Zarzut 6. Zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu 1 i Zarzutu 2 - naruszenie przepisu art. 110 ust. 2 i 3 Ustawy PZP w zw. z art. 16 Ustawy PZP - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wykazania rzetelności i udowodnienia Zamawiającemu, że spełnia przesłanki określone w art. 110 ust. 2 PZP.

64. Podkreślenia wymaga, że nawet jeśli Zamawiający miał wątpliwości, co do istnienia fakultatywnej podstawy wykluczenia w stosunku do Odwołującego, to nie miał prawa automatycznie wykluczać go z postępowania, bez umożliwienia Odwołującemu złożenia stosownych wyjaśnień, czy również dokonania samooczyszczenia (Tak m.in. M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, wyd. C. H. Beck, s. 169). W doktrynie zaznacza się, że wprowadzenie instytucji self-cleaning jest wyrazem realizacji zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności na gruncie prawa zamówień publicznych . Pomijając te możliwości Zamawiający również naruszył zasadę proporcjonalności, ponieważ nie dał Odwołującemu możliwości wykazania, że nadal jest wiarygodny, rzetelny i uczciwy. Potwierdza to chociażby wyrok Trybunału z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 RTS /ECLI:EU:C:2021:13. Brak możliwości automatycznego wykluczania wykonawców i niezgodność takich działań z zasadą proporcjonalności potwierdza także m.in. wyrok Trybunału z dnia 3 czerwca 2021 r. w sprawie C-210/20 Rad Service (ECLI:EU:C:2021:445), wyrok Trybunału z dnia 11 czerwca 2020 r. w sprawie C-472/19 Vert Marine (ECLI:EU:C:2020:468), jak również wyrok Trybunału z dnia 30 stycznia 2020 r. w sprawie C - 395/18 Tim SpAprzeciwko Consip SpA (ECLI:EU:C:2020:58)./.

65. Tak samo orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 czerwca 2021 roku, sygn. akt KIO 1067/21: W świetle wszystkich wskazanych powyżej okoliczności Izba uznała,

że skoro w ocenie zamawiającego zaistniała podstawa do wykluczenia przystępującego z postępowania, to wykonawcy temu powinno się zapewnić prawo do obrony w postępowaniu odwoławczym, co winno być poprzedzone przedstawieniem przez zamawiającego uzasadnienia tej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. (...) W szczególnych okolicznościach niniejszej sprawy zapewnienie prowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym zasadami zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, mogło zapewnić jedynie uprzednie zakomunikowanie przystępującemu przez zamawiającego o zmianie jego decyzji w zakresie oceny przystępującego w odniesieniu do ww. podstaw wykluczenia z postępowania poprzez wystosowanie do niego wezwania, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy, do złożenia wyjaśnień Pzp w zakresie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Mając to na uwadze Izba uznała za zasadne uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Po przedstawieniu wyjaśnień przez przystępującego zamawiający będzie mógł podjąć czynność w zakresie wykluczenia przystępującego z postępowania - z zachowaniem przepisów ustawy Pzp. Przyjmując za właściwie powyższe stanowisko Izby Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 PZP.

Zamawiający w dniu 03.04.2023 r. wezwał (drogą elektroniczna za pomocą platformy przetargowej dostępnej pod adresem:) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 04.04.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) B-ACT S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: B-ACT S.A.

W dniu 06.04.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) MGGP S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: MGGP S.A.

W dniu 12.04.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w ramach którego wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W pierwszej kolejności wskazał, że w dniu 25.10.2022 r, odbyło się posiedzenie powołanej komisji przetargowej i z czynności tych został sporządzony protokół oznaczony numerem nr 3. Zgodnie z decyzją komisji: „Po analizie dokumentów złożonych przez firmę TPF Sp. z o.o., ul. Annopol 22, 03-236 Warszawa, której oferta została złożona jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu, uznano że Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanki fakultatywnej wykluczenia tj. art. 109 ust. 1 pkt. 7, 8 i 10 i w związku z tym jego oferta podlega odrzuceniu art. 226 ust. 1 pkt. 1) ppkt. a) Pzp.". Podjęta decyzja przez Komisję zawierała uzasadnienie faktyczne i prawne, gdzie wskazano na powody podjęcia takiej, a nie innej decyzji. Nie da się więc w rozpatrywanym wypadku przyjąć, że Zamawiający 25.10.2022 r. zapowiedział późniejsze podjęcie czynności związanej z wykluczeniem Wykonawcy i odrzuceniem jego oferty.

Stosownie do art. 111 pkt 4 pzp Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Jak wskazano powyżej ZDW w Katowicach oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożył 07.11.2019 r., a zatem 3- letni termin na dokonanie czynności przez Zamawiającego upływał 07.11.2022 r. Zamawiający jak już wskazano powyżej podjął decyzją o wykluczeniu i odrzuceniu 25.10.2022 r. a zatem przed upływem 3-letniego terminu.

Samo to, że powiadomienie o odrzuceniu zostało skierowane 21.03.2023 r. pozostaje irrelewantne dla ustalenia tego czy termin został dochowany. Jak wynika bowiem z art. 253 ust. 1 pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są

miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Właściwe rozumienie normy tego przepisy jednoznacznie pozwala uznać, że dopuszczalne jest w aktualnym stanie prawny dokonywania czynności odrzucenia jeszcze przez dokonaniem wyboru oferty, ale już samo powiadomienie, odmiennie niż w poprzednim stanie prawnym, jest kierowane dopiero wraz z powiadomieniem o wyborze oferty. Podstawowy zatem zarzut Odwołującego się nie może być uwzględniony.

Stosownie do art. 111 pkt 5 i 6 pzp wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8, na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia; w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Więc i te terminy na dzień złożenia oświadczenia o wykluczeniu i odrzuceniu nie upłynęły.

Zaznaczył, że 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 (art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp).

W niniejszej sprawie nie jest sporne, że Odwołujący się nie świadczył usług nadzoru autorskiego. W jego ocenie było to zależne od Zamawiającego bowiem ten nie mógł oczekiwać, że przez okres wielu lat personel nie będzie ulegał zmianie więc brak zatwierdzenia zmiany personelu stanowił samoistną podstawę do odstąpienia od umowy. W takich warunkach świadczenie usług nie było możliwe. Odwołujący się nie kwestionuje tego także ZDW w Katowicach złożyło oświadczenie o odstąpieniu od umowy i naliczeniu kar umownych.

Wbrew stanowisku Odwołującego się brak świadczenia usług nadzoru autorskiego nie można być uznane za błahe naruszenie obowiązków kontraktowych.

Jak wynika z normy art. 20 ust. 1 pkt 4) Prawa budowlanego do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub organu administracji architektoniczno-budowlanej w zakresie: a) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem, b) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

Projektant, w trakcie realizacji budowy, ma prawo: 1) wstępu na teren budowy i dokonywania zapisów w dzienniku budowy dotyczących jej realizacji; 2) żądania wpisem do dziennika budowy wstrzymania robót budowlanych w razie: a) stwierdzenia możliwości powstania zagrożenia, b) wykonywania ich niezgodnie z projektem (art. 21 ust. 1 Prawa budowlanego). Oczywiście w poszczególnych umowach obowiązki nadzoru autorskiego są dość rozległe i znacznie przekraczają te ustawowe. Co więcej nie możne być kwestionowane, że czynności nadzoru autorskiego są wyceniane nisko i świadczenie tych usług dla autora dokumentacji jest nieopłacalne stąd ten jest nastawiony na to, aby „pozbyć" się tego problemu.

Przypomniał, że okres wykonywania robót budowlanych został oszacowany na 24 miesiące (§ 1 ust. 1 lit. c) umowy WI-K/P/150527/1/1), a wynagrodzenie za świadczenie tych usług ustalono na 86.196, 00 zł netto. Z prostego działania matematycznego wynika zatem że za jeden miesiąc świadczonych usług przez cały zespół projektowy wynagrodzenie wynosi miało 3.591, 50 zł netto, co jest wartością subminimalną choćby w zestawieniu z kwotą wynagrodzenie przeznaczoną na okres zadawania pytań i poprawek dokumentacji, gdzie miesięczne wynagrodzenie zostało określone na 17.500 zł netto (to jest pięciokrotnie wyższe niż wynagrodzenie za nadzór autorski).

Zatwierdzenie zmian w zakresie personelu jest o czym zapomina Wykonawca nie obowiązkiem, a uprawnieniem Zamawiającego i ten może odmówić takiego zatwierdzenia nawet wówczas, kiedy nowa osoba spełnia wymagania kontraktowe. Samo to, że Odwołujący zamierzał zmienić personel także dowodzi tego, że świadczenie usług nadzoru autorskiego było nie opłacalne i dlatego ZDW w Katowicach po wyczerpaniu trybu reklamacyjnego złożyło oświadczenie o odstąpieniu, a następnie złożyło wniosek o zawezwanie do próby ugodowej w celu przerwania biegu przedawnienia. Odwołujący się co prawda także obciążył karą ZDW w Katowicach ale ten w celu egzekwowania własnych kar nie podjął jakichkolwiek działań, co także nie pozostaje bez wpływu na ocenę powodów zaprzestania wykonywania usług. W tym okolicznościach wymieniona powyżej przesłanka opisana w art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp bez wątpienia wystąpiła.

Wykonawca podlega także wykluczeniu w przypadku kiedy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp) oraz 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 (art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp).

Odwołujący się wskazał, że nie można było uznać w rozpatrywanej sprawie, że informacje były nie rzetelne bowiem Odwołujący się kwestionuje podstawy odstąpienia od umowy przez ZDW w Katowicach. W karierze zawodowej pełnomocnika Zamawiającego ale pewnie i wszystkich innych osób zajmujących się sporami nie zdarzyło się nigdy aby Wykonawca podobnie jak i Zamawiający uznał podstawę odstąpienia. Nawet jak strony zawierają ugody co do kar umownych to i tak strona winna odstąpieniu twierdzi, że to nie z ich winy ale z uwagi na pokaźne koszty postępowania doszło do zawarcia ugody. Dziwi więc, że oznaczenie Nie w JEDZ - nie miałoby by być wynikiem kwestionowania

podstawy odstąpienia. Gdyby takie działanie było legalne to równie dobrze można byłoby tę rubrykę z JEDZ usunąć albo bez możliwości modyfikacji od razu oznaczyć Nie (za wyrokiem o sygn. akt: KIO 866/22).

Bez wątpienia zatem zaszły również przesłanki do zastosowanie kolejnych podstaw wykluczenia Odwołującego się z postępowania, tym bardziej że Odwołujący się celowo zataił fakt prawomocnego zakończenie postępowania i nie ma w tym wypadku znaczenia to, że roszczenie obejmowało kwotę 2.000, 00 zł. W konsekwencji tego Zamawiający odrzucił złożoną ofertę i czynność ta nie może być uznana za nieważną.

Zgodnie z art. 110 pzp wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia 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. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Zamawiający wyklucza wykonawcę.

Nie powinno budzić wątpliwości, że to Wykonawca musi wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i Zamawiający nie jest zobligowany do wzywania Wykonawcy do złożenia stosowanych dokumentów. Zaznaczyć przy tym trzeba, że w ocenie Zamawiającego na dziś brak jest jednolitego orzecznictwa co do terminu w jakim dokumenty samooczyszczenia muszą być złożone to jest czy wraz z JEDZ czy do momentu wykluczenia. Rozstrzyganie tej okoliczności w tym wypadku jest zbędne bowiem Odwołujący się dokumentów potwierdzających samooczyszczenie nie złożył stąd ten zawarł w odwołaniu alternatywne wnioski i zarzuty.

Z związku z tym, że Odwołujący odstąpił od nadzoru autorskiego nad robotami, który jest kluczowy dla powstanie całej inwestycji nie da się także przyjąć, że działanie Zamawiającego było nieproporcjonalne. Samym powodem odstąpienia od świadczenia tych usług miałoby być to, że Zamawiający nie wyrażał zgody na zmianę personelu Wykonawcy. Trzeba w tym miejscu podać, że Zamawiający nie tylko w tym wypadku ale w każdym nie ma obowiązku wyrażenia zgody na zmianę osób zaangażowanych w wykonanie przedmiotu umownych, a wyłącznie takie uprawnienie. Brak zgody nie może świadczyć o niewspółdziałaniu przy wykonaniu przedmiotu umowy. Stąd też Zamawiający uznał, że inny Zamawiający sku-

tecznie odstąpił od zawartej umowy z przyczyn zależnych od Odwołującego się, a samo to, że do dziś nie skierował stosownego powództwa o zapłatę pozostaje bez znaczenia dla dokonania stosownych ocen w niniejszym postępowaniu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego (obecny tylko B-ACT S.A.) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący który został wykluczony z postępowania a jego oferta została odrzucona w wypadku potwierdzenie się zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ, ofertę Odwołującego, wezwanie Odwołującego z 26.07.2022 r., dokumentu JEDZ złożonego w odpowiedzi na wezwanie przez Odwołującego wraz z załączonymi do JEDZ-a wyjaśnieniami, pismo Zamawiającego z 02.09.2022 r. do ZDW w Katowicach, odpowiedzi ZDW z Katowicach z 15.09.2022 r., pismo Zamawiającego z 07.10.2022 r. do ZDW w Katowicach, odpowiedzi ZDW z Katowicach z 07.10.2022 r. wraz z załącznikiem, pismo Zamawiającego z 11.10.2022 r. do ZDW w Katowicach, odpowiedzi ZDW z Katowicach z 12.10.2022 r. wraz z załącznikiem, pismo Zamawiającego z 18.10.2022 r. do ZDW w Katowicach, odpowiedzi ZDW z Katowicach z 21.10.2022 r. wraz z załącznikami, wezwanie do uzupełnienia skierowane do Odwołującego z 20.10. 2022 r., odpowiedź z 24.10.2022 r. na wezwanie, pismo Zamawiającego z 26.10.2022 r. do ZDW w Katowicach, odpowiedzi ZDW z Katowicach z 28.10.2022 r. wraz z załącznikami, pismo Zamawiającego z 04.11.2022 r. do ZDW w Katowicach, odpowiedzi ZDW z Katowicach z 22.11.2022 r., protokół nr 3 z 25.10.2022 r. Komisji Przetargowej oraz informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej, wykluczeniu Wykonawców, odrzuceniu ofert z 10.02.2023 r., jak i z 21.03.2023 r.

W poczet materiału dowodowego Izba złożone na rozprawie przez Zamawiającego:

- Pismo ZDW w Katowicach z 19.08.2019 r. na okoliczność zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron oraz

Przystępującego (obecny tylko B-ACT S.A.) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu 1-3. Pozostałe zarzuty miały charakter ewentualny.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego: Zarzut 1. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust.1 pkt. 7) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący nie znajdował się w 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 w sprawie zamówienia publicz

nego;

Zarzut 2. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust.1 pkt. 8) oraz 10) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd ani nie przedstawił informacji wprowadzających w

błąd;

Zarzut 3. Naruszenie przepisu art. 111 pkt 4 PZP w zw. z art. 109 ust.1 pkt 7), 8) i 10) PZP poprzez wykluczenie Odwołującego, pomimo iż upłynął okres 3 lat od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, co z kolei skutkuje brakiem ziszczenia się przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 PZP;

Zarzut 4. Zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu 1 i/lub Zarzutu 2 i/lub Zarzutu 3 - naruszenie przepisu naruszenie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 PZP w związku 109 ust. 3 PZP w zw. z art. 16 PZP - poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że wykluczenie to jest w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Zarzut 5. Zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu 1 i/lub Zarzutu 2 i/lub Zarzutu 3 - naruszenie przepisu art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 PZP - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień.

Zarzut 6. Zarzut ewentualny na wypadek nie uwzględnienia Zarzutu 1 i/lub Zarzutu 2 i/lub Zarzutu 3 - naruszenie przepisu art. 110 ust. 2 i 3 PZP w zw. z art. 16 PZP - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wykazania rzetelności i udowodnienia Zamawiającemu, że spełnia przesłanki określone w art. 110 ust. 2 PZP.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania odpowiedzi na odwołanie, oraz pisma procesowego Przystępującego złożonego na posie-

dzeniu. Stan faktyczny był niesporny, jedynie sporne było czy na jego kanwie Zamawiający miał podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. Przystępujący w swoim piśmie stwierdził: „(…)ZASADNOŚĆ ODRZUCENIA OFERTY TPF 10. Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający, o ile tylko wskazał to w ogłoszeniu, wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia 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.

11. Jak zostało wskazane powyżej, Zamawiający w przedmiotowym Postępowaniu przewidział ww. przesłankę wykluczenia.

12. Zamawiający w Postępowaniu postanowił wyciągnąć negatywne konsekwencje wobec wykonawców, którzy wprowadzili go w błąd, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Zgodnie z treścią wspomnianych przepisów, zamawiający wyklucza wykonawcę, o ile przewidział to w dokumentacji postępowania:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

9) (...)

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.

13. Jak wynika z treści odwołania, poza przedmiotem sporu pozostaje fakt, że w dniu 20 czerwca 2022 r. wyrokiem Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach (sygn. akt II C 1045/21) orzeczono, że TPF ma zapłacić na rzecz zamawiającego - Województwa Śląskiego karę umowną naliczoną w związku realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego nr WI-K/P/150310/2/1. Co istotne - niniejsza okoliczność nie została ujawniona w wyjaśnieniach złożonych wraz z JEDZ. Zamawiający uzyskał te informacje de facto na własną rękę w toku czynności oceny i badania ofert po uprzednim skontaktowaniu się z przedstawicielem Województwa Śląskiego,

odpowiedzialnego za realizację tego zamówienia publicznego. Uwzględniając, że powyższe orzeczenie jest prawomocne, należy podkreślić, że wina w tym zakresie nie budzi jakichkolwiek wątpliwości.

14. W tym miejscu Przystępujący podkreśla, że JEDZ jest narzędziem, które ma pozwolić

każdemu zamawiającemu na ocenę, czy wystąpiły wobec wskazanego wykonawcy podstawy wykluczenia. Oceny tej dokonać ma zamawiający, a nie sam wykonawca (Odwołujący nie może być sędzia w swojej sprawie). Aby tak się jednak stało, tj. możliwa była ocena historii wykonawcy, musi on dostarczyć zamawiającemu stosowne informacje. Ich zakres determinuje (determinują) pytania w JEDZ.

15. W powyższym kontekście należy wskazać, że okolicznością bezsporną jest, iż w odróżnieniu od art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, pytanie JEDZ nie zawiera w swej treści sformułowania „z przyczyn leżących po jego stronie". Co więcej, treść pytania w JEDZ, które dotyczy przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, odmiennie niż np. treść pytania dotyczącego art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp,

abstrahuje od kwestii winy wykonawcy. Jest to pytania wyłącznie o fakty, okoliczności faktyczne, a nie subiektywne oceny.

16. Powyższe jest o tyle istotne, iż nad treścią analizowanego pytania JEDZ Odwołujący zupełnie się nie pochyla, nie próbuje w żaden sposób dociec, jaki jest powód braku w tym pytaniu m.in. przywołanego powyżej sformułowania. Tymczasem brzmienie tego pytania nie jest przypadkowe.

17. W powyższym celu Przystępujący posłuży się porównaniem z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, który jest drugim przepisem sankcjonującym negatywną przeszłość kontraktową wykonawcy.

18. Warto w tym miejscu podkreślić, że zarówno art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, jak i art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w swej treści zawierają przesłanki ocenne, podlegające subiektywizowaniu i wartościowaniu. Pierwszy z tych przepisów posługuje się tak niedookreślonymi pojęciami jak np. „zawiniony sposób", „poważne naruszenie", „podważenie uczciwości". Drugi spośród badanych przepisów (art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp) jest już znacznie precyzyjniejszy, niemniej także z jego treści wynika obowiązek dokonania oceny, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (a więc wymaga dokonania subiektywnej oceny).

19. W tym miejscu, niezależnie od powyższego, należy jednak przywołać pytania z Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, które skorelowane są z powyższymi przepisami:

Art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp	Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp
Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?	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 porównywal-

20. Na podkreślenie zasługuje istotna różnica, jaka występuje pomiędzy tymi dwoma pytaniami. Otóż pierwsze z nich opiera się na ocennym i subiektywnym określeniu („poważne wykroczenie zawodowe"). Zatem wykonawca, o ile nie czuje się winny problemów związanych z historycznym kontraktem, a stanowisko to znajduje oparcie w materiale do

wodowym, uprawniony jest do udzielenia na to pytanie przeczącej odpowiedzi. Zaistnienie „poważnego wykroczenia zawodowego" jest bowiem okolicznością, którą co do zasady, weryfikuje sąd powszechny, rozstrzygając spór pomiędzy wykonawcą a instytucją zamawiającą. 21. Odmiennie kształtuje się natomiast sytuacja na gruncie pytania dotyczącego art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jakkolwiek bowiem przepis ten uzależnia wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od zaistnienia okoliczności w postaci obciążenia wykonawcy przyczynami zaistniałej sytuacji, to przesłanka ta nie pojawia się w treści samego pytania JEDZ. Pytanie to bowiem sprowadza się jedynie do weryfikacji czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której:

- wcześniejsza umowa została rozwiązana przed czasem, lub;
- na wykonawcę nałożono odszkodowanie bądź inne sankcje w związku z wcześniejszą umową

22. Zatem obowiązkiem wykonawcy udzielającego odpowiedzi na to pytanie jest Jedynie wskazanie czy ów fakt (rozwiązanie umowy, nałożenie odszkodowania/ innej sankcji) miał miejsce (odpowiedź na pytanie). Należy bowiem mieć na uwadze, że art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp zawiera przesłankę podlegającą ocenie w zależności od wystąpienia danych okoliczności faktycznych (tą przesłanką jest oczywiście kwestia zawinienia, odnosząca się do ustalenia kogo obciążają przyczyny problemów kontraktowych). Biorąc pod uwagę, że to zamawiający („gospodarz postępowania") dokonuje oceny przesłanek wykluczenia, stosowna informacja musi się znaleźć w JEDZ, w przeciwnym razie zamawiający tej możliwości zostanie pozbawiony.

23. Fakt istnienia dystynkcji pomiędzy pytaniem o przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp jest zrozumiały. Pierwszy z porównywanych przepisów odnosi się, jak wspomniano, jedynie

do ocennych i subiektywnych okoliczności (nie zawiera „zerojedynkowych" przesłanek), a więc zasadność wykluczenia wykonawcy z postępowania o oparciu o tę regulację wymaga szczegółowej analizy, przy uwzględnieniu okoliczności danej sprawy. Sytuacja z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jest zupełnie inna. Podstawą do zastosowania tego przepisu jest bowiem mierzalna, obiektywna okoliczność, jaką jest rozwiązanie umowy lub nałożenie odszkodowania. Oczywiście wystąpienie jednego z tych elementów nie oznacza automatycznego wykluczenia z postępowania, to będzie możliwe dopiero po ustaleniu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia jest skutkiem przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Niemniej jednak wykonawca bezwzględnie zobligowany jest do podania informacji o tych okolicznościach już w JEDZ, po czym przysługiwać mu będzie pełne prawo do wykazania, że nie zasługuje na wykluczenie (gdyż nie można mu przypisać winy).

24. Zatem na etapie wypełniania JEDZ wykonawca nie może założyć, że, skoro, w jego opinii, nie zasługuje na wykluczenie z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (gdyż nie ponosi winy za niewykonanie/ nienależyte wykonanie umowy), to ma prawo udzielić przeczącej odpowiedzi. W ten sposób odbiera bowiem zamawiającemu prawo do oceny czy te obiektywne, „zerojedynkowe" okoliczności w istocie rzutują na jego wiarygodność, rzetelność i uczciwość.

25. W opinii Przystępującego oczywiste jest zatem, że analizowane pytanie JEDZ nakłada na wykonawcę obowiązek udzielenia odpowiedzi w zakresie istnienia zdarzeń, które już choćby tylko potencjalnie mogłyby skutkować jego wykluczeniem (zdarzenia te enumeratywnie wymienione zostały w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp). Przekonanie wykonawcy o tym, że dane zdarzenie nie wypełnia wszystkich przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jest pozbawione znaczenia w kontekście badania, czy wykonawca ten wywiązał się z obowiązku przedstawienia informacji mających znaczenie w świetle badania przez zamawiającego przesłanek wykluczenia. Okoliczności te będą miały oczywiście znaczenie dla ustalenia czy wykonawcę należy wykluczyć w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp czy też nie. Żeby jednak zamawiający mógł taką ocenę przeprowadzić, wykonawca musi przedstawić mu stosowne informacje. Tymczasem Odwołujący uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie swojej przeszłości kontraktowej (zatajając przed Zamawiającym zdarzenie ze swojej historii kontraktowej), doszło zatem do ziszczenia się dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

26. O całkowitym zobiektywizowaniu okoliczności (faktycznie czyniąc pojęcie winy irrele-wantnym) decydujących o zasadności wykluczenia danego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp świadczy rozległe orzecznictwo tak sądów powszechnych jak i KIO: /w tym miejscu przywołał wyrok KIO z 30.01.2019 r., sygn. akt: KIO 80/18, wyrok SO w W-wie, z 24.10.2017 r., sygn. akt: XXXIII Ga 28/17, wyrok SO w Lublinie z 13.11.2020 r., sygn. akt: IX Ga 646/20/

27. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, należy ponownie stanow-

czo podkreślić, że TPF był zobowiązany do udzielenie informacji dot. wszystkich umów, w przypadku których miało miejsce m.in. odstąpienie od umowy, czy naliczone zostały kary umowne. Tym bardziej, jeśli w jednej ze spraw przesądzona została wina tego wykonawcy. Tego jednak TPF zaniechał. Podnoszenie na obecnym etapie jakichkolwiek okoliczności, które mają rzekomo usprawiedliwiać to zaniechanie, w tym odnośnie wysokości naliczonej kary umownej, jak wynika z przytoczonego orzecznictwa pozostaje bez znaczenia. Nie jest bowiem domeną wykonawcy ocena, gdzie leży granica, po przekroczeniu której należy notyfikować Zamawiającemu naliczenie kary umownej.

28. Powyższe stanowisko spotkało się z szeroką aprobatą w orzecznictwie KIO jak i sądów powszechnych, tak przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z

dnia 13 listopada 2020 r., sygn. akt IX Ga 646/20 podniesiono, że „W JEDZ wykonawca nie podał szczegółowych informacji zaznaczając odpowiedź "NIE", uznając arbitralnie, wbrew intencji prawodawcy, że nie znajduje się w opisanej pytaniem sytuacji, bo w ugodzie sądowej ujęto zapis, że rozwiązanie umowy nastąpiło na zasadzie porozumienia stron bez winy którejkolwiek ze stron. Zdaniem Sądu obowiązkiem wykonawcy było wskazanie informacji o rozwiązanych umowach w tym celu, aby zamawiający mógł zweryfikować wystąpienie przesłanki do wykluczenia z postępowania opisanej w przepisie krajowym. Odejście od jasnego, jednoznacznego sensu przepisu z naruszeniem wskazanych reguł powoduje dokonanie wykładni prawotwórczej, będącej przykładem wykładni contra legem".

29. 0 ile faktycznie może budzić wątpliwości zasadność wykluczeniu wykonawcy w oparciu karę umowną, która jest przedmiotem postępowania sądowego/pojednawczego, o tyle już wydanie wyroku, w którym nakazano wykonawcy dokonania zapłaty w drodze jej uregulowania, nie pozostawia żadnych wątpliwości w zakresie spełnienia się względem wykonawcy przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7. Tym bardziej mając na uwadze, że kara umowna potwierdzona wyrokiem sądu nie została uwzględniona w wyjaśnieniach TPF, negując jednocześnie sam fakt nałożenia na Odwołującego kary umownej na gruncie złożonego JEDZ.

30. W toku niniejszej sprawy, jak już ustalono, wydany został wyrok Sądu Rejonowego Ka-towice-Wschód w Katowicach z dnia 20 czerwca 2022 r. (sygn. akt II C 1045/21), w którym skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający był uprawniony do nałożenia kary umownej podczas realizacji kontraktu pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej przebudowy drogi wojewódzkiej nr 933 wraz ze sprawowaniem czynności nadzoru autorskiego", zasądzając jednocześnie na rzecz zamawiającego środki finansowe o odpowiedniej wysokości. Wydanie przedmiotowego orzeczenia bezpośrednio dowodzi, że kara nałożona na Odwołującego była w pełni zasadna (wyrok jest prawomocny).

31. W ocenie Przystępującego, irrelewantne pozostają faktyczne motywy zaniechania wniesienia od powyższego wyroku środków odwoławczych. Co do zasady bowiem, TPF w istocie

zgodził się ze stanowiskiem sądu, uznając zapłacenie naliczonej kary umownej za zasadne.

32. Podsumowując powyższe wywody, ponad wszelaką wątpliwość wynika, że Zamawiający niejako był zobowiązany do wykluczenia TPF z Postępowania, słusznie dopatrując się wprowadzania Zamawiającego w błąd. Odwołujący utrzymywał bowiem, że nie 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 na niego odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową, przedkładając

wyjaśnienia w tym zakresie, zatajając jednak informacje o karze umownej, której zasadność potwierdzona została wyrokiem sądu.

33. Uzupełniająco warto dodać, że zasada proporcjonalności, na którą powołuje się Odwołujący - po pierwsze - nie znajdzie zastosowania w przypadku podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp - po drugie - aby mogła mieć zastosowanie Zamawiający musi mieć możliwość oceny stosownych okoliczności, której to możliwości TPF Zamawiającego (i siebie) pozbawił. Dlatego też i te kwestie nie zasługują na uwzględnienie.

34. Odnosząc się natomiast do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, podkreślić należy, że rację ma Zamawiający wskazując, iż brak było podstaw ze strony TPF do odstąpienia od umowy z ZDW w Katowicach.

35. Zgodnie z treścią ww. umowy, TPF zobowiązany był do (podpisał umowę o takiej treści) - odpowiednio §1 ust. 4 oraz §3 ust. 2:

4. Wykonawca zobowiązuje się do wykonania Przedmiotu umowy z należytą starannością, w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w Umowie, w tym w szczególności w sposób opisany w § 3.

2. Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania składem osobowym posiadającym odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie wymagane przez Zamawiającego oraz dysponowania zapleczem materialnym i technicznym, umożliwiającym wykonanie Umowy zgodnie z jej przedmiotem i treścią.

36. Widać zatem, że wobec TPF nałożono w umowie stosowne obowiązki. TPF podpisało taką umowę będąc w pełni świadomym jej treści. Jak słusznie przy tym zauważył Zamawiający, zmiana personelu uzależniona była od akceptacji ZDW w Katowicach. Odstąpienie przez TPF, w sytuacji braku takiej akceptacji, jawi się zatem jako całkowicie niezasadne. Zamawiający mógł bowiem, ale wcale nie musiał tego zrobić. Przypomnieć przy tym należy, że wprawdzie obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania obciąża zarówno dłużnika, jak i wierzyciela. Niemniej jednak pozytywnego obowiązku działania wierzyciela należy wymagać jedynie wtedy, gdy wynika to z właściwości świadczenia lub umowy. Do oceny powinności wierzycielskiej odpowiednie są te same wskazówki jak dla dłużnika, zamieszczone w art. 354 § 1 k.c.[5]. W żadnym natomiast miejscu TPF nie wskazał, że Zamawiający miał obowiązek - wynikający czy to z umowy, czy też właściwości świadczenia - akceptacji zmiany personelu, czego żądał Odwołujący.

37. Stąd, jak wynika z powyższego, odstąpienie od umowy przez TPF jest w sposób oczywi-

sty nieskuteczne. Brak realizacji umowy przez Odwołującego natomiast w pełni uprawniała ZDW w Katowicach do zakończenia współpracy z tym wykonawcą, co też obciążą go w całości.

38. Biorąc pod uwagę powyższe, także w tym zakresie należy przyjąć, że wykluczenie TPF było całkowicie zasadne.

(…) OKRES KARENCJI WYKLUCZENIA TPF Z POSTĘPOWANIA NIE UPŁYNĄŁ

39. Poza przedmiotem sporu pozostaje fakt, że w ramach realizacji przez TPF umowy nr WI-K/P/150310/2/1 z dnia 25 września 2015 r. doszło do odstąpienia od niej przez zamawiającego - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach w niewykonanej części w dniu 7 listopada 2019 r. Naliczono także Odwołującemu stosowne kary umowne.

40. Zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Już w tym miejscu warto zaznaczyć, że nie jest to, jak sugeruje Odwołujący, np. „w terminie"; „w okresie" etc., ale „na okres 3 lat".

41. Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 2 a) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Już tylko podleganie wykluczeniu powoduje obowiązek Zamawiającego odrzucenia oferty. Przypomnieć przy tym należy, że zgodnie z treścią art. 110 ust. 1 Pzp: Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, jak wskazano m.in. w komentarzu UZP (s. 413), że: Brak podstaw wykluczenia musi zatem zachodzić przez cały czas trwania postępowania, a nie tylko na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

42. Powyższe nie budzi także wątpliwości w orzecznictwie Izby: „(...) warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania,

dlatego też dowody składane na potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. [...] Innymi słowy, oświadczenia lub dokumenty "aktualne" to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje (por wyrok KIO z 18 listopada 2021 r., sygn. KIO 3221/21, wyrok KIO z 23 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1200/22, Wyrok KIO z 22 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1551/19)"/Wyrok KIO z 13.03.2020 r., KIO 430/20, LEX nr 2937393/.

43. Podobnie w stanowisku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 11 kwietnia 2017 r.: „Należy odróżnić pojęcie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia od procedury dokumentowania tych okoliczności. Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia muszą być spełnione już na dzień składania ofert i trwać przez cały okres trwania postępowania o

udzielenia zamówienia publicznego. Natomiast dokumenty składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, powinny dokumentować spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, potwierdzonych wstępnie w ramach oświadczeń złożonych z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu".

44. Wbrew powyższej dominującej linii orzeczniczej KIO, stanowisku Prezesa UZP czy powszechnie przyjętej i zaakceptowanej praktyce rynkowej, a także przepisom prawa, Odwołujący usiłuje (błędnie) wywieść, że skoro ustawodawca nie zdecydował się na bezpośrednie wyartykułowanie obowiązku wykazania przez wykonawców, że nie podlegają oni wykluczeniu na etapie składania ofert w postępowaniu, to w rzeczywistości obowiązek taki w ogóle nie istnieje. Oraz, że jeśli wprowadzi podlegali wykluczeniu (a zatem należy ich ofertę odrzucić), ale nie zostali wykluczeniu przez upływem 3 lat, to następczo nie podlegają już wykluczeniu z tego Postępowania, a zatem ich oferta nie powinna zostać odrzucona. Jest to niewątpliwie dość osobliwe stanowisko w tym zakresie.

45. Zestawiając powyższe z wywodami Odwołującego, nie sposób nie dostrzec, że popełnił on błędy w logicznym rozumowaniu. Nie tylko nie przytoczono żadnej podstawy prawnej na podważenie zasadności obowiązku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, ale poprzestano na gołosłownym stwierdzeniu, że „Gdyby momentem decydującym o możliwości wykluczenia danego wykonawcy za zaistnienie określonego zdarzenia w sytuacji, gdy okres wykluczenia upływu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, miałby być termin składania ofert - to w Ustawie PZP powinny znaleźć się odpowiednie regulacje w tym zakresie". Jak wskazano powyżej - takie przepisy są, problem Odwołującego polega, że ich nie dostrzega.

46. Uwzględniając powyższe, podkreślenia wymaga, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.(…)
WEZWANIE DO ZŁOŻENIA WYJAŚNIEŃ

47. Jako zarzut ewentualny, Zamawiający wskazuje, że Zamawiający dopuścił się rzekomo naruszenia art. 128 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co w ocenie TPF stanowi obowiązek Zamawiającego przed wykluczeniem z Postępowania.

48. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 128 ust. 4 Pzp - 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.

49. Już z samej literalnej treści art. 128 ust. 4 Pzp można wysnuć wniosek, że jest to uprawnienie, a nie, jak podnosi Odwołujący, obowiązek Zamawiającego, na co wskazuje słowo może użyte w powyższym przepisie, w którym Odwołujący zdaje się upatrywać musi. Jednocześnie samo wezwanie do złożenia przez wykonawcę wyjaśnień stanowi efekt powstania

po stronie zamawiającego wątpliwości dot. oferty złożonej przez wykonawcę. Bezprzedmiotowe byłoby bowiem obarczenie zamawiającego obowiązkiem wezwania do złożenia wyjaśnień, kiedy takie wątpliwości w ogóle nie występują.

50. Za przyjęciem art. 128 ust. 4 jako bezwzględnego uprawnienia zamawiającego zdaje się przemawiać szerokie orzecznictwo Izby, tak przykładowo w wyroku KIO z 23 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3229/21 kategorycznie stwierdzono, że przed wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 128 ust. 4. Izba doszła w niniejszym wyroku do przekonania, że: „Procedura wskazana w art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę. Wezwanie do wyjaśnień, inaczej niż wezwanie o uzupełnienie, nie jest obowiązkowe. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem "może żądać od wykonawców wyjaśnień", co jest zmianą w stosunku do art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w którym posłużono się słowem "wzywa", sugerującym obligatoryjność procedury wyjaśnień. [...] W rozpoznawanej sytuacji Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości po stronie zamawiającego, który - wobec jasnego oświadczenia odwołującego w zakresie istnienia przesłanek do jego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. - wykluczył wykonawcę z postępowania ".

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego i drugiego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do kwestii naruszenia art. 109 ust.1 pkt 7 PZP, choć de facto odniesie się także do przesłanek naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP. Konsekwencja bowiem stwierdzenia ziszczenia się przesłanek pozytywnych z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP jest także ziszczenie się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 PZP. W tym kontekście konieczne jest stwierdzenie, że zgodnie z pismem Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 02.11.2022 r. pn. „Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, a sposób wypełnienia JEDZ", że „(…) kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego

o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP okoliczności". Wszystkie okoliczności potwierdzają, że treść dokumentu JEDZ, w szczególności poszczególnych zadawanych w nim pytań adresowanych do wykonawców, nie można odczytywać ani interpretować w sposób oderwany od całości tego formularza oraz jego funkcji - jako dokumentu służącego potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia danego wykonawcy z postępowania na podstawie przesłanek wykluczenia określonych w PZP oraz przewidzianych w danym postępowaniu. Przytoczone pytanie z JEDZ odnosi się zatem wyłącznie do sytuacji, w których wobec wykonawcy zaistniała konkretna przesłanka wykluczenia sformułowana w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. Nie jest to natomiast pytanie o charakterze abstrakcyjnym, odnoszącym się do wszelkich innych przypadków przebiegu realizacji przeszłych umów o zamówienie publiczne. Wykonawca wypełniając JEDZ zobowiązany jest zatem udzielić odpowiedzi twierdzącej na powoływane przez Odwołującego pytanie wyłącznie w sytuacji, w której istotnie ziściłyby się wobec niego wszystkie przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.

W konsekwencji Odwołujący udzielił odpowiedzi „NIE" i załączył stosowne wyjaśnienie zawierające okoliczności mogące rodzić wątpliwości pozostawiając je do oceny Zamawiającego, takie działanie jest dopuszczalne przez orzecznictwo KIO (przykładowo wyrok KIO z 22.03.2023 r., sygn. akt: KIO 620/23), gdyż istotna jest funkcja informacyjna JEDZ-u, co ma charakter decydujący w tym zakresie.

Przy czym, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał okoliczności, które zaprzeczyły temu, że Odwołujący prawidłowo, zgodnie z rzeczywistością wypełnił JEDZ. Należy bowiem stwierdzić, że zgodnie z orzecznictwem, także przytoczonym przez Odwołującego w odwołaniu ograniczenie się do zaprezentowania stanowisk podmiotu publicznego ZDW w Katowicach nie jest wystarczające do weryfikacji, czy rozwiązanie umowy lub naliczanie kary umownej było uprawnione. Nie można ograniczyć się do uzyskania określonych informacji od Zamawiających, na rzecz których dany Wykonawca realizował umowy. Informacje wymagają weryfikacji. Brak krytycznej oceny i weryfikacji informacji, okoliczności, które doprowadziły do wcześniejszego zakończenia umów uniemożliwił wykazanie zasadności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Pozbawił Zamawiający de facto Odwołującego prawa do obrony i wszechstronnego przeanalizowania tego czy w rzeczywistości ziszczyły się przesłanki do

wykluczenia. W przedmiotowej sytuacji brak uzyskania kompleksowego stanowiska Odwołującego, oparcie się wyłącznie na stanowisko ZDW w Katowicach, brak odniesienia się na okolicznościach niespornych podnoszonych tak w pierwszym, jak i drugim odwołaniu potwierdza niezasadność działań Zamawiającego i uniemożliwiał wykazanie zasadności wykluczenia z postępowania. Spór na rozprawie o złożone przez Zamawiającego pismo z 19.08.2019 r. ZDW w Katowicach jedynie potwierdza brak pełnej wiedzy Zamawiającego i oparcie się jedynie na stanowisku ZDW w Katowicach i ignorowanie okoliczności podnoszonych przez Odwołującego w odwołaniach. Odmawianie Odwołującemu prawa do obrony w takim postępowaniu jest działaniem nagannym wbrew temu bowiem, co twierdził na rozprawie Zamawiający ma on obowiązek przeprowadzenia quasi śledztwa. Na co wskazuje wyrok SO w W-wie z 17.06.22 r., sygn. akt: KIO XXIII Zs 71/22: „(…) stanowisko zamawiającego ma w tej sytuacji znaczenie zbliżone do orzeczenia sądu rozstrzygającego spór, czyli szczegółowego rozważenia całego zebranego w sprawie materiału dowodowego. Wykluczenie z postępowania jest, w ocenie sądu okręgowego, quasi sankcją karną, zatem wszystkie przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania oraz przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy powinny być szczegółowo zbadane.(…)".

Podczas rozprawy Zamawiający z Przystępującym podnosili okoliczności, tj. kwestie związaną ze zamianą personelu i odnoszące się do odmowy świadczenia nadzoru autorskiego, które nie stanowiły wprost podstawy odrzucenia i nie zostały wszechstronnie zweryfikowane przez Zamawiającego. Względem, zaś tych przesłanek, które zostały podane, to niewątpliwie Odwołujący nie znajdował się w sporze sądowym z ZDW w Katowicach dotyczącym kary umownej w wysokości ponad 794 tys. zł oraz 2 tys. zł. W zakresie tej drugiej spór zakończył się w I instancji, zaś tej pierwszej nastąpiło zawezwanie do zawarcia próby ugodowej, a obecnie jak oświadczył na rozprawie Odwołujący trwa mediacja i nie ma sporu w sądzie z zakresie kary umownej w wysokości ponad 794 tys. zł.

Odnośnie, zaś samych 2 tys. zł nie jest to kara znaczna i nie miał miejsce długotrwale. Nadto, nie kwalifikuje się do przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP i nie było konieczności jej wskazania w wyjaśnieniach do JEDZ, gdyż przywołany przepis nie obejmuje swoim zakresem drobnych kar. Jednocześnie, ta kara nie prowadziła do rozwiązania umowy, nie była też ciągiem drobnych kar. Kwestia kary ponad 794 tys. zł. Oprócz tego, co zostało już wskazane nie została przez Zamawiającego w sposób wszechstronny zweryfikowana, co potwierdziła sam rozprawa. Przywołany spór odnośnie pisma z 19.08.2019 r. Prezentowanie jedynie stanowiska ZDW w Katowicach nie jest wystarczające do weryfikacji, czy rzeczywiście rozwiązanie umowy było uprawnione.

W rezultacie Izba nie może na podstawie zebranego w sposób niekompletny materiału dowodowego uznać ziszczenie się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP w kontekście kontraktu z ZDW w Katowicach. Wobec nie potwierdzenia się przesłanek pozytywnych do

wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 7 PZP, Izba wskazuje, że nie ziszczyły się także przesłanki do wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 8 lub 10 PZP.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Izba uznała, że zaistniały przesłanki negatywne, upłynął w listopadzie 2022 r. okres 3 letni i w rezultacie nie można już wykluczyć Odwołującego z postępowania z uwagi na zaistnienie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP w stosunku do kontraktu dla ZDW w Katowicach. Izba w pełni w tym zakresie podzieliła stanowisko wynikające z wyroku z 18.03.2022 r., sygn. akt: KIO 566/22 oraz wyroku SO w W-wie z 15.06.2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 60/22, który zapadł ze skargi na przywołane orzeczenie KIO. Zgodnie z orzeczeniem KIO: „(…)W ocenie składu orzekającego kluczowe znaczenie dla prawidłowej interpretacji omawianych norm ma okoliczność, iż art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 111 pkt 4 ustawy Pzp mają charakter stricte sankcyjny. Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w at. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wiąże się dla wykonawcy z bardzo dotkliwą karą, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres trzech lat (z zastrzeżeniem uprawnienia wykonawcy do skorzystania z instytucji

samooczyszczenia). Sankcyjny charakter omawianych regulacji nakazuje ścisłą ich interpretację, w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni

rozszerzającej. Żadna z metod wykładni ww. przepisów nie może prowadzić do rozszerzenia zakresu ich zastosowania ponad wynikający ściśle z ich brzmienia. Zasada ta jest szczególnie znana na gruncie prawa karnego, gdzie w myśl zasady nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege podstawową dyrektywę wykładni przepisów prawa karnego stanowi nakaz interpretacji ścisłej (literalnej) wszystkich przepisów prawnych, tj. takiego odczytywania zwrotów językowych, aby nie odstąpić od jak najbardziej jednoznacznego sposobu rozumienia tekstu prawnego. Nakaz ścisłej wykładni przepisów o charakterze sankcyjnym funkcjonuje we wszystkich dziedzinach prawa, także w odniesieniu np. do sankcji administracyjnych czy skarbowych.

Mając to na uwadze należy wskazać, że ustawa Pzp określa wyłącznie długość trwania okresu wykluczenia i nie zawiera przepisów, które wskazywałyby na możliwość zawieszenia czy przerwania biegu okresu wykluczenia na skutek zaistnienia określonych zdarzeń, w szczególności nie przewiduje możliwości wstrzymania biegu tego okresu, w sytuacji złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Upływ okresu wykluczenia następuje ex lege i powoduje, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania ustaje. Skoro ustawa Pzp nie zawiera żadnych regulacji umożliwiających przedłużenie tego okresu (jak na przykład instytucja przedłużenia przedawnienia karalności z

art. 102 Kodeksu karnego), to z faktu, że okres wykluczenia upłynął w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie powinno się wywodzić dla wykonawcy negatywnych konsekwencji. W przeciwnym razie wykonawca zostałby wykluczony z postępowania za zdarzenie, wobec którego okres wykluczeniu już upłynął. Upływ czasu działa w tym przypadku na korzyść wykonawcy w sposób obiektywny, niezależnie od okoliczności, czy akurat w tym momencie wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia czy też nie. Jeśli nastąpi to w toku postępowania o udzielenie zamówienia, to w świetle art. 111 pkt 4 ustawy Pzp istniejąca na dzień składania ofert podstawa wykluczenia wykonawcy ustanie. I odwrotnie – w toku postępowania o udzielenie zamówienia mogą zaistnieć zdarzenia dla wykonawcy niekorzystne: wykonawca może nie podlegać wykluczeniu na dzień składania ofert, jednak jeśli podstawa wykluczenia zmaterializuje się w toku postępowania, to Zamawiający będzie mógł wykonawcę z tego postępowania wykluczyć.

W ocenie Izby, jeśli momentem decydującym o możliwości wykluczenia wykonawcy za zaistnienie określonego zdarzenia w sytuacji, gdy okres wykluczenia upływa w toku postępowania o udzielenie zamówienia, miałby być termin składania ofert, to winno to znaleźć odzwierciedlenie w przepisach ustawy Pzp. W aktualnym stanie prawnym brak jest jakichkolwiek regulacji, które wskazywałyby na możliwość przedłużenia w takim przypadku okresu wykluczenia do czasu zakończenia danego postępowania o udzielenie zamówienia, ewentualnie do czasu podjęcia przez zamawiającego decyzji eliminującej wykonawcę z postępowania. Wobec tego, mając na względzie wspomniany już sankcyjny charakter omawianych przepisów, znaczenie decydujące winna mieć tutaj literalna treść art. 111 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis ten określa wyłącznie moment, od którego należy liczyć początek biegu okresu wykluczenia (zdarzenie będące podstawą wykluczenia), który kończy się z upływem trzech lat od tego zdarzenia, niezależnie od jakichkolwiek okoliczności. Podmiot, wobec którego zaistniała podstawa do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, po upływie wskazanego w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp okresu, powinien być traktowany tak, jakby do zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie doszło. Składając ofertę w postępowaniu, w którym termin składania ofert przypada już po upływie ww. okresu wykluczenia, podmiot taki co do zasady nie ma już obowiązku wskazywania w Części III.C JEDZ, że 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 ocenie Izby na gruncie obowiązujących przepisów brak jest podstaw do różnicowania ww. sytuacji od sytuacji, w której okres wykluczenia wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp upłynął w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Przeciwna interpretacja prowadziłaby do nieznajdującego oparcia w przepisach rozciągnięcia czasu trwania stanu wykluczenia wykonawcy z tytułu zaistnienia

określonego zdarzenia ponad wynikający wprost z ustawy Pzp. (…)”.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że wykluczenie nie zapadło w październiku 2022 r., w ramach protokołu Komisji Przetargowej Nr 3, ale w lutym, a obecnie w marcu 2023 r.

Po pierwsze, dlatego, gdyż treść protokołu nr 3 jedynie zapowiada takie wykluczenie. Jego postanowienia nie można interpretować inaczej, tzn. tak jak chce tego Zamawiający i Przystępujący, chociażby dlatego, że jeszcze w listopadzie 2022 r. Zamawiający prowadził korespondencje z ZDW w Katowicach odnośnie Odwołującego.

Po drugie, Izba uznała, że elementem koniecznym do uznania skutecznego wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty jest poinformowanie Odwołującego o tym, co miało miejsce po raz pierwszy w lutym, po raz drugi w marcu 2023 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwoty 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie: