

WYROK

Warszawa, dnia 13 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Ernest Klauziński

Emil Kuriata

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r., przez wykonawcę Elfeko spółkę akcyjną z siedzibą w Gdyni, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Energa-Operator spółkę akcyjną z siedzibą w Gdańsku, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: Atrem spółki akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego i Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.
 - 2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

.....

.....

Uzasadnienie

Energa-Operator spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku, Oddział w Koszalinie, prowadzący postępowanie – ENERGA Logistyka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płocku, Biuro Zakupów Operacyjnych (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadania „PRZEBUDOWA STACJI TRANSFORMATOROWEJ 110/15 kV GPZ BIAŁOGARD”, nr postępowania: P/5/0021/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 czerwca 2024 r., numer publikacji: 347549-2024, numer wydania Dz.U. S: 113/2024.

W postępowaniu tym wykonawca Elfeko spółka akcyjna z siedzibą w Gdyni (dalej: „Odwołujący”) 14 października 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty wykonawcy Atrem spółki akcyjnej z siedzibą w Bydgoszczy jako najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania odrzucenia tej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Atrem, pomimo ziszczenia się w stosunku do tego Wykonawcy przesłanek wykluczenia, gdyż Wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd (poprzez zatajenie informacji na temat przeszłości kontraktowej), mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu, polegające na udzieleniu przeczącej odpowiedzi na pytanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia („JEDZ”) dotyczące art.

109 ust. 1 pkt 7 Pzp: „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?”, gdy tymczasem informacja ta jest nieprawdziwa wobec nałożenia na Atrem kary umownej w toku realizacji umowy, przedmiotem której było: „Zaprojektowanie, dostawa i wdrożenie zintegrowanego systemu bezpieczeństwa Portu Lotniczego Poznań - Ławica oraz wymiana fragmentu ogrodzenia Portu Lotniczego” („Umowa”), która realizowana była na rzecz zamawiającego – Portu Lotniczego Poznań – Ławica Sp. z o.o. („Port Lotniczy”), zaś informacja o tej karze umownej podlegała notyfikacji w dokumencie JEDZ z uwagi na swój odszkodowawczy charakter, co jednak doprowadziło do nieuzasadnionego i wadliwego wyboru oferty złożonej przez Atrem jako najkorzystniejszej w Postępowaniu;

a w konsekwencji powyższego;

2)art. 16 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; wykluczenie wykonawcy Atrem i odrzucenie Jego oferty; ponowne badanie i ocenę ofert złożonych w Postępowaniu (z pominięciem oferty Atrem).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Następnie Odwołujący przedstawił argumentację w celu wykazania zasadności zarzutów odwołania.

W złożonej pismem z 4 listopada 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił jednocześnie swoje stanowisko.

W złożonym pismem z 4 listopada 2024 r. stanowisku pisemnym wykonawca Atrem spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił argumentację.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „Izba” lub „KIO”), rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca Atrem spółka akcyjna z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Przystępujący”).

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

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Jak wynika z rozdziału XII ust. 2 pkt 2.2 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), Zamawiający przewidział w tym postępowaniu zastosowanie tzw. fakultatywnych przesłanek wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 1, 2, 4, 6-10 Pzp.

Następnie, zgodnie z rozdziałem IX pkt 3.8 SWZ, Zamawiający odesłał do instrukcji wypełnienia JEDZ zamieszczonej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczając link odsyłający w treści SWZ.

W postępowaniu złożono 6 ofert (vide informacja z otwarcia ofert z 26 lipca 2024 r.).

Wykonawca Atrem w załączonym wraz z ofertą formularzu JEDZ w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” zaznaczył odpowiedź „nie”.

Zamawiający o dokonaniu pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Atrem poinformował pismem z 20 sierpnia 2024 r. Następnie zostało wniesione pierwsze odwołanie przez Odwołującego. Zamawiający pismem z 6 września 2024 r. zawiadomił o unieważnieniu ww. wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie Zamawiający poinformował o tym, że ponownie dokona czynności badania i oceny ofert.

Postępowanie odwoławcze zostało umorzone postanowieniem z 10 września 2024 r. sygn. akt KIO 3177/24.

W ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert, Zamawiający pismem z 6 września 2024 r. zwrócił się do zamawiającego Portu Lotniczego Poznań – Ławica spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej. Przedmiotem zainteresowania Zamawiającego był termin obowiązywania umowy, termin obowiązywania gwarancji i rękojmi, terminy naliczenia kar umownych (o ile wystąpiły), zdarzenia będące podstawą do naliczenia kar umownych (o ile wystąpiły) w tym terminów, w których te zdarzenia wystąpiły, kopii dokumentów stwierdzających nienależyte wykonanie umowy, kopie dokumentów stwierdzających nienależyte wykonanie obowiązków w okresie gwarancji i rękojmi.

Pismem z 20 września 2024 r. Port Lotniczy Poznań – Ławica udzielił odpowiedzi na powyższy wniosek wskazując, że termin obowiązywania umowy został określony na 34 tygodnie. Okres gwarancji wynosił 48 miesięcy od dnia podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego z zastrzeżeniem 36 miesięcy od dnia podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego dla prac budowlanych w ramach zadania nr 2 i 3 oraz 60 miesięcy od podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego na czujki zastosowane w systemie ZSB. Następnie podano zdarzenia będące podstawą naliczenia kar umownych, termin wystąpienia zdarzenia będącego podstawą naliczenia kar umownych, termin naliczenia kar. Udostępniono dokumenty stanowiące stwierdzenie nienależytego wykonania umowy oraz dokumenty stwierdzające nienależyte wykonanie umowy w okresie gwarancji i rękojmi. Poinformowano o istniejącym sporze sądowym i równającym postępowaniu mediacyjnym.

Pismem z 9 września 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Zakres zapytania był taki sam jak ten skierowany do zamawiającego Portu Lotniczego Poznań – Ławica.

Pismem z 13 września 2024 r. Przystępujący udzielił wyjaśnień.

Pismem z 17 września 2024 r. Zamawiający skierował ponowne wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do Przystępującego w celu wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego powstałej na gruncie otrzymanych przez niego dokumentów dotyczących spornej realizacji. Ponadto Zamawiający wezwał do udzielenia informacji czy Port Lotniczy Poznań – Ławica wystąpił z roszczeniem z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a także czy przedsądowe wezwanie do zapłaty kar umownych było pierwszym pismem odnoszącym się do naliczenia kar umownych ze spornej umowy.

Przystępujący udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z 20 września 2024 r.

Pismem z 2 października 2024 r. Zamawiający ponownie wybrał ofertę złożoną przez Atrem jako najkorzystniejszą.

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie podlegało oddaleniu jako niezasadne.

Stanowisko Odwołującego sprowadzało się do twierdzenia, że Przystępujący w odpowiedzi na pytanie zawarte w formularzu JEDZ o treści: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” zaznaczył odpowiedź „nie”. W ocenie Odwołującego jest to odpowiedź obiektywnie nieprawdziwa bowiem Przystępującemu została naliczona kara umowna przez Port Lotniczy Poznań – Ławica w wysokości 13 314 909,90 zł. Odwołujący podkreślił, że Przystępujący nie poinformował Zamawiającego o naliczeniu tej kary umownej.

Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania (vide pkt II.1 ppkt 12) podkreślił, że istotą sporu jest okoliczność, że Przystępujący zaniechał poinformowania Zamawiającego o naliczeniu ww. kary umownej, co spowodowało, że Zamawiający pozostawał w przekonaniu o rzetelności Przystępującego i doprowadziło do wyboru złożonej przez niego oferty, o czym Zamawiający poinformował pismem z 20 sierpnia 2024 r. W ocenie Odwołującego brak poinformowania przez Przystępującego o naliczonej karze umownej czyni udzieloną przez niego odpowiedź na ww. pytanie JEDZ niezgodną z rzeczywistością. Odwołujący wskazał, że kara umowna, o której mowa została naliczona w związku z nienależytym wykonywaniem obowiązków w okresie gwarancji i rękojmi. Odwołujący powołał stanowisko wyrażone o rzecznictwie Izby i Sądu Okręgowego – Sądu Zamówień Publicznych, tj. sygn. akt KIO 171/23, KIO 3383/23, KIO 449/2 oraz XXIII Zs 28/23, w treści którego Sąd wskazał, że wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia ma obowiązek notyfikowania zdarzeń choćby potencjalnie spełniających warunki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał także na wnioski płynące z uzasadnienia orzeczenia o sygn. akt XXIII Zs 131/23. Dostreżenia wymaga przy tym, że Odwołujący zaniechanie wskazania przez Przystępującego spornej kary umownej wiąże z przesłanką wykluczenia z postępowania wskazaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co wynika wprost z ppkt 26 str. 11 in. uzasadnienia odwołania.

Następnie, istotną okolicznością dla rozstrzygnięcia zawisłego sporu jest podniesiona przez Odwołującego kwestia terminu notyfikowania o naliczonej karze umownej (vide pkt II.3 ppkt 32, str. 13 in. uzasadnienia odwołania). Otóż,

jak wskazał Odwołujący, zdarzenie polegające na zaniechaniu usunięcia przez Przystępującego wad miało miejsce 10 marca 2021 r. oraz 16 kwietnia 2021 r. Przy czym Odwołujący nie zgadza się z Przystępującym, że to te daty powinny być uznawane za „zdarzenie”, jako rozpoczynające bieg 3 letniego terminu w ramach którego Przystępujący powinien był spełnić obowiązek informacyjny. W ocenie Odwołującego, datą „zdarzenia” jest dzień zaistnienia skutku określonego jako wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi. W konsekwencji Odwołujący zaprezentował stanowisko, zgodnie z którym skoro naliczenie kary umownej miało miejsce pismem z 22 listopada 2023 r., to trzyletni okres karencji, który wymaga podejmowania przez wykonawcę działań notyfikujących o zdarzeniach opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie upłynął na dzień składania ofert w tym postępowaniu.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, co powinno skutkować jego wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, gdyż są to samodzielne podstawy wykluczenia względem art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Próbę wykazania zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, Odwołujący podjął w pkt II.4 uzasadnienia odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Odwołującego. Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, że w stosunku do Przystępującego upłynął już 3 letni termin wykluczenia, o którym mowa w art. 111 pkt 4) Pzp. Zgodnie bowiem 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. Zamawiający wskazał przy tym, że pierwsze wady i usterki, stanowiące załączniki do pozwu, a uprawniające Zamawiającego do skorzystania z przysługujących mu uprawnień w okresie gwarancji i rękojmi ujawnione zostały w dniu 10.03.2021 r. oraz w dniu 16.04.2021r. Zamawiający przy tym wskazał, że zgodnie z umową z dnia 10 kwietnia 2015 r. zawartą między Przystępującym a Portem Lotniczym Poznań – Ławica, okres gwarancji i rękojmi został uregulowany w następujący sposób (§17 ust. 3 umowy):

1) 48 miesięcy od dnia podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego, o którym mowa w §10 ust. 3 Umowy, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3 poniżej,

2) 36 miesięcy od dnia podpisania protokołu zdawczo odbiorczego, o którym mowa w § 10 ust. 3 Umowy, na zrealizowane prace budowlane w ramach zadania 2 i zadania 3,

3) 60 miesięcy od podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego, o którym mowa w §10 ust. 3 Umowy na czujki zastosowane w systemie ZSB.

Zamawiający jednocześnie dostrzegł, że na usunięcie błędów i awarii przewidziano następujące terminy:

Błędy Krytyczne - czas reakcji na zgłoszenie 4 godziny, czas na usunięcie błędu 1 dzień - pod warunkiem zapewnienia przez Zamawiającego kopii bezpieczeństwa Systemu ZSB/Aplikacji utworzonej zgodnie z Dokumentacją Systemu ZSB/Aplikacji oraz w formie uzgodnionej pomiędzy Stronami w trakcie prac projektowych. Usunięcie rozwiązanie powinno być dostarczone w ciągu 7 dni,

Błędy Istotne - czas reakcji na zgłoszenie 8 godziny, czas na usunięcie błędu 7 dni - pod warunkiem zapewnienia przez Zamawiającego kopii bezpieczeństwa Systemu ZSB/Aplikacji utworzonej zgodnie z Dokumentacją Systemu ZSB/Aplikacji oraz w formie uzgodnionej pomiędzy Stronami w trakcie prac projektowych,

Awarie, Biedy Nieistotne - czas reakcji na zgłoszenie 12 godziny, czas usunięcia błędu 14 dni - pod warunkiem zapewnienia przez Zamawiającego kopii bezpieczeństwa Systemu ZSB/Aplikacji utworzonej zgodnie z Dokumentacją Systemu ZSB/ Aplikacji oraz w formie uzgodnionej pomiędzy Stronami w trakcie prac projektowych.

Zamawiający mając na uwadze powyższe, doszedł do wniosku, że skoro „(...) usterki objęte zgłoszeniem z dnia 10.03.2021 r. Wykonawca ATREM winien naprawić w okresie najdłuższym czyli w tym wypadku 14 dni, a tego nie zrobił (przynajmniej częściowo jak wynika z analizowanej dokumentacji), to termin wykluczenia z Postępowania zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp winien upłynąć w dniu 24.03.2024 r., względnie 30.04.2024 r. (uwzględniając zgłoszenia z dnia 16.04.2021 r.), a więc 3 lata przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie Wykonanie robót budowlano-montażowych dla zadania „PRZEBUDOWA STACJI TRANSFORMATOROWEJ 110/15 kV GPZ BIAŁOGA (przesłanie ogłoszenia do publikacji w DUUE nastąpiło w dniu 10.06.2024 r.).

Odwołujący określił natomiast błędny okres, od którego należy liczyć ww. 3 letni termin, przyjmując, że zdarzeniem, od którego należy łączyć początek terminu jest wezwanie do zapłaty kar umownych z dnia 22 listopada 2023 r. wystosowane do Atrem przez Port Lotniczy. Ww. wezwanie zostało jednak wystosowane ponad 2 lata od zdarzeń z którymi można łączyć ewentualne nienależyte wykonanie umowy przez Wykonawcę na rzecz Portu Lotniczego”.

Zamawiający wskazał, że powyższą ocenę oparł o wnioski płynące z orzeczenia Sądu Okręgowego z dnia 14 listopada 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 75/23, w treści którego Sąd wskazał jak należy rozumieć „zdarzenie”, o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgodził się ze stawianą przez Odwołującego tezą, jakoby termin 3 letni łączył się z wezwaniem do zapłaty sumy kar umownych z 2023 r. naliczonych Przystępującemu w związku z nieusunięciem w terminie (2 lata

wcześniej) zgłoszonych usterek w ramach gwarancji. Takie podejście stanowi zdaniem Zamawiającego nieuzasadnioną wykładnię rozszerzającą art. 111 pkt 4 ustawy Pzp i powoduje, że przedmiotowy termin każdorazowo ulegałby wydłużeniu, w zależności od decyzji Zamawiającego, co do momentu naliczenia wykonawcy kar umownych. Zamawiający zwrócił uwagę, że w praktyce prowadziłoby to do możliwości przedłużenia terminu 3-letniego o kolejne 3 lata – np. w sytuacji naliczenia i dochodzenia kary umownej dopiero pod koniec 3-letniego terminu przedawnienia roszczenia z k.c. Ww. praktyka jest jednak, w ocenie Zamawiającego, niedopuszczalna, na co zwrócił uwagę SO w ww. wyroku. Artykuł 109 ust. 1 pkt 5 i 7 oraz art. 111 pkt 4 ustawy Pzp mają bowiem charakter *stricte* sankcyjny, stąd żadna z metod wykładni ww. przepisów nie może prowadzić do rozszerzenia zakresu ich zastosowania ponad wynikający ściśle z ich brzmienia.

W konsekwencji, w ocenie Zamawiającego, należy uznać, iż skoro upłynął 3-letni termin, o którym mowa w art. 111 pkt 4 PZP, to Atrem nie był zobowiązany do notyfikowania Zamawiającemu informacji o naliczonej mu karze umownej przez Port Lotniczy.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający podniósł, że Wykonawca przedstawił Zamawiającemu w toku prowadzonego postępowania wyjaśnienia wraz z dowodami wskazujące na to, że nie ma w stosunku do niego podstaw do zastosowania przesłanki wykluczenia z Postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W takiej sytuacji wobec niespełnienia w stosunku do Wykonawcy ww. przesłanki wykluczenia, ale również wobec upływu okresu z art. 111 Pzp nie ma jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że Wykonawca przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje w formularzu JEDZ. Wykonawca nie miał obowiązku informowania Zamawiającego o swojej „przeszłości kontraktowej” w tym zakresie, skoro była ona irrelevantna dla kwalifikacji Wykonawcy. Nie było zatem podstaw do wykluczenia Wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W swoim piśmie procesowym z 4 listopada 2024 r. Przystępujący zaprezentował stanowisko, zgodnie z którym dla każdego z elementów zamówienia zamawiający – Port Lotniczy wymagał udzielenia odrębnej gwarancji, przy czym dla elementu pierwszego – ZSB – umowa przewidywała 48 – miesięczny okres gwarancji i rękojmi, a dla elementu drugiego i trzeciego – odpowiednio 36 i 60 miesięcy. Następnie Przystępujący wyjaśnił, że dostawa i wdrożenie systemu została zakończona 8 kwietnia 2016 r. od dnia podpisania protokołu odbioru rozpoczął bieg okresu rękojmi i gwarancji. Przystępujący podkreślił, że umowa w sprawie ZSB została ukończona przez wdrożenie do eksploatacji wykonanego i uruchomionego ZSB w dniu 8.04.2016 r. i wydanie go Portowi. Przystępujący wskazał, że do 8.04.2020 r. Przystępujący wyjaśnił, że zobowiązany był 48-miesięczną rękojmią i gwarancją jakości ZSB wobec Portu. Przystępujący podał, że Port zgłosił usterki ZSB w marcu i kwietniu 2021 roku, a następnie w 2023 roku zażądał zapłaty kary umownej w związku odmową usunięcia w ramach rękojmi lub gwarancji usterek ZSB zgłoszonych w 2021 roku, które to zobowiązania wygasły wcześniej w 2020 roku. Przystępujący wskazał, że wszystkie te terminy i okoliczności wynikają wprost z Umowy i protokołu odbioru ZSB przekazanych Zamawiającemu w ramach wyjaśnień oraz samych wyjaśnień złożonych w Postępowaniu przez Przystępującego, do których Odwołujący uzyskał wgląd. Przystępujący podniósł też, że Odwołujący nie kwestionuje powyższych okoliczności, jedynie na potrzeby budowy tezy odwołania przemilcza te okoliczności.

Mając na uwadze powyżej wskazane stanowiska Stron i Przystępującego wynikające ze złożonych w sprawie pism procesowych oraz z argumentacji zaprezentowanej podczas rozprawy, Izba stwierdziła co następuje.

Na podstawie akt sprawy, w tym dokumentacji zgromadzonej przez Zamawiającego w wyniku przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert, na skutek zwrócenia się do Portu Lotniczego Poznań – Ławica oraz do Przystępującego, Izba ustaliła, że podpisanie protokołu odbioru końcowego dla Zadania nr 1 miało miejsce 20 kwietnia 2016 r.

Zgodnie z pismem Portu Lotniczego Poznań – Ławica 17 sierpnia 2016 r. stanowiącym „*Ostateczne generalne wezwanie do usunięcia wad*”, Port Lotniczy wskazał, że jak wynika z §17 ust. 14 umowy z 10 kwietnia 2015 r., roszczenia z tytułu rękojmi mogą być dochodzone przez zamawiającego po upływie terminu rękojmi, jeżeli istnienie wad zostało zgłoszone w okresie obowiązywania rękojmi. Następnie zamawiający wskazał, powołując się na § 17 ust. 12 umowy, że wykonawca zobowiązany jest do przystąpienia do usunięcia zgłoszonej wady w terminie 10 dni od daty jej zgłoszenia. Zamawiający Port Lotniczy wskazał, że ten termin został przez Przystępującego już przekroczony, gdyż zgłoszenie ostatnich wad miało miejsce 16 kwietnia 2021 r., zatem termin przystąpienia do ich usuwania, jak wskazał zamawiający Port Lotniczy – upłynął 26 kwietnia 2021 r. Wobec powyższego zamawiający Port Lotniczy stwierdził, że Przystępujący opóźnia się z przystąpieniem do usuwania ostatnich zgłoszonych wad od 27 kwietnia 2021 r. Zamawiający – Port Lotniczy ponadto wskazał, że najwcześniej zgłoszone wady, które nie zostały usunięte, sięgają 2017 r.

Następnie, jak wynika z treści pozwu z 28 grudnia 2023 r., kary umowne zostały Przystępującemu naliczone w związku ze zgłoszeniami błędów z dnia 10 marca 2021 r. za okres liczony od 26 marca 2021 r. do 22 listopada 2023 r. tj. 972 dni; w związku z błędami zgłoszonymi 10 marca 2021 r.; w związku z błędami zgłoszonymi 16 kwietnia 2021 r. za okres od 2 maja 2021 r. do 22 listopada 2023 r.; w związku z błędami zgłoszonymi 16 kwietnia 2021 r.; w związku z

błędami zgłoszonymi 10 marca 2021 r. za okres od 23 listopada 2023 do 27 grudnia 2023 r. oraz w związku z błędami zgłoszonymi 16 kwietnia 2021 r. za okres od 23 listopada 2023 do 27 grudnia 2023 r. (*vide* pkt a) do f) *petitum* pozwu).

Następnie wskazać należy, że Odwołujący w treści odwołania nie dokonał żadnej analizy okoliczności przedmiotowej sprawy poza powołaniem się na fakt naliczenia Przystępującemu przez Port Lotniczy Poznań – Ławica kary umownej i skierowania do Przystępującego przedsądowego wezwania do zapłaty pismem z 22 listopada 2023 r. Tymczasem, jak wykazali Zamawiający i Przystępujący, okoliczności tej sprawy są znacznie bardziej skomplikowane niż wynika to z odwołania. Przede wszystkim umowa z 10 kwietnia 2015 r. zawarta między Przystępującym a Portem Lotniczym Poznań – Ławica została już zrealizowana. Jak bowiem wynika z chronologii zdarzeń ustalonej przez Zamawiającego (*vide* str. 3 i 4 odpowiedzi na odwołanie) oraz ze stanowiska Przystępującego (a co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego) protokół odbioru końcowego w zakresie Zadania 1 został podpisany 20 kwietnia 2016 r. Protokoły zdawczo – odbiorcze odnoszące się do Zadania nr 2 i do Zadania nr 3 zostały podpisane odpowiednio 30 grudnia 2015 i 16 listopada 2015 r. Jak wynika ze zgłoszeń dokonanych przez Zamawiającego 10 kwietnia 2021 r. i 16 kwietnia 2021 r., dotyczą one czujek zrealizowanych w ramach zadania nr 1. W tym miejscu odnotować należy, że jak wynika ze stanowiska Zamawiającego i Przystępującego i z treści spornej umowy, na czujki udzielono 60 miesięcznego okresu gwarancji, tym samym Zamawiający prawidłowo ustalił, że zgłoszenia z 10 kwietnia 2021 r. i 16 kwietnia 2021 r. zostały dokonane w okresie gwarancji i rękojmi (*vide* tabela na str. 3 odpowiedzi na odwołanie). Powyższych ustaleń faktycznych nie było wskazanych w treści odwołania.

Istotnym zagadnieniem dla rozstrzygnięcia odwołania jest ustalenie jak rozumieć termin „zdarzenie”, o którym mowa w art. 11 pkt 4 ustawy Pzp. Jak bowiem wynika ze stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w pkt II.3 uzasadnienia odwołania w ocenie Odwołującego terminem miarodajnym jest termin skierowania przedsądowego wezwania do zapłaty kary umownej, czyli 22 listopada 2023 r. Natomiast jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie na str. 4 ostatni akapit i na str. 5 pierwszy akapit, termin wykluczenia upłynął w jego ocenie 24 marca 2024 r. mając na uwadze zgłoszenie wad z 10 marca 2021 r., względnie 30 kwietnia 2024 – jeśli odnieść to do zgłoszenia z 16 kwietnia 2021 r.

W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z art. 109 zamawiający może wykluczyć z postępowania 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 (*vide* art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp); 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 (*vide* art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp); 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 (*vide* art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp).

Jak wynika z 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.

W związku z powyższym stwierdzić należy, że wykluczenie wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego uzależnione jest po pierwsze, od zaistnienia okoliczności wskazanych w ustawie Pzp, a po drugie, od braku upływu okresu trzech lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, co wynika z ustawy Pzp. Oznacza to, że Odwołujący który dąży do wykazania że wobec zaniechania podania przez Przystępującego informacji o naliczonej karze umownej przez zamawiającego Port Lotniczy Poznań – Ławica podlega on wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp nie może pominąć okoliczności wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, skoro twierdzi, że zaniechanie podania spornej informacji mogło mieć wpływ na ocenę wystąpienia wobec Przystępującego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Izba rozumie stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym wykonawca nie powinien być sędzią we własnej sprawie, a zamawiający powinien mieć możliwość dokonania własnej oceny czy wobec wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, jednak nie może to prowadzić do sytuacji w której wykonawca jest zobowiązany przedstawiać całą historię kontraktową tj. obejmującą również sytuacje, wobec których upłynął termin wykluczenia, o którym mowa w art. 111 ustawy Pzp.

Jak wskazuje się w doktrynie, dyskwalifikującym - w odniesieniu do przesłanki wykluczenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - zdarzeniem jest w zależności od okoliczności, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, powstanie roszczenia o zapłatę odszkodowania, realizacja uprawnień do wykonania zastępczego lub z tytułu rękojmi za wady (*vide* Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II pod red. Hubera Nowaka, Mateusza Winiarza). Wykładni pojęcia

„zdarzenia” dokonał również Sąd okręgowy w przywołanym przez Zamawiającego wyroku z dnia 14 listopada 2023 r. sygn. akt KIO XXIII Zs 75/23 a tezy zawarte w tym rozstrzygnięciu mogą zostać w ocenie Izby zastosowane w okolicznościach tej sprawy. Sąd w treści tego orzeczenia dokonał wykładni przepisu art. 111 pkt 4 ustawy Pzp i doszedł do wniosku, że termin 3 lat należy liczyć co do zasady (z uwzględnieniem konkretnego stanu faktycznego) od pierwszego zdarzenia będącego podstawą wykluczenia w ramach zdarzeń wymienionych w powołanym przepisie. W rozpoznawanej przez Sąd sprawie wystąpiła sytuacja, w której zamawiający domagał się wykonania zobowiązań umownych z tytułu udzielonej przez odwołującego gwarancji w związku z nienależytym wykonaniem obowiązków w postaci wykonania zamówienia zgodnie z projektem, przy zastosowaniu innych niż uzgodnione materiałów. Sąd uznał, że w świetle art. 111 pkt 4 ustawy Pzp zdarzeniem, z którym należy łączyć moment wykluczenia wykonawcy jest chwila, w której ujawnione zostały pierwsze wady i usterki uprawniające zamawiającego do skorzystania z przysługujących mu uprawnień. Sąd wskazał również na wykładnię funkcjonalną i celowościową omawianego przepisu.

Odwołujący w treści odwołania zupełnie jednak pominał, że kara umowna z powodu naliczenia której Odwołujący wywodzi konieczność zastosowania wobec Przystępującego sankcji wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp została naliczona od 26 marca 2021 r. i 2 maja 2021 r. a pismo z 22 listopada 2023 r., stanowi jedynie przedsądowe wezwanie do jej zapłacenia i zostało przekazane Przystępującemu po terminie obowiązywania umowy a także, po upływie terminu gwarancji i rękojmi.

Słusznie natomiast wskazał Zamawiający, że Port Lotniczy uprawniony był do dochodzenia swoich uprawnień już od następnego dnia po bezskutecznym upływie terminu na spełnienie świadczenia przez Przystępującego, tj. naprawę wad zgłoszonych przez Port Lotniczy 10 marca 2021 r. oraz 16 kwietnia 2021 r., co zresztą wynika wprost z treści pozwu. Przedsądowe wezwanie do zapłaty z 22 listopada 2023 r. w kontekście podstaw wykluczenia na gruncie ustawy Pzp nie może w ocenie Izby skutkować wykluczeniem Przystępującego, ponieważ czyniłoby termin wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp iluzorycznym. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 18 marca 2022 r. sygn. akt KIO 566/22: „*Kluczowe znaczenie dla prawidłowej interpretacji omawianych norm ma okoliczność, iż art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 111 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych mają charakter stricte sankcyjny. Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w tym pierwszym przepisie 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.*” A także: „*Termin 3 lat, o którym mowa w art. 111 pkt 4 Prawa zamówień publicznych należy liczyć od pierwszego zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, gdyż odmienny sposób liczenia terminu może spowodować niepewność po stronie wykonawcy, co do terminu, w jakim będzie mógł być wykluczony z postępowań. Sankcja wykluczenia wykonawcy z postępowania jest jedną z najbardziej dotkliwych, jakich może doznać wykonawca w postępowaniu, dlatego też winna być interpretowana ściśle, nie dając możliwości nadinterpretacji.*”. Skład orzekający w tej sprawie podziela powyższe stanowisko.

Jak wynika z pozwu, kary umowne zostały naliczone za okres od 26 marca 2021 r., zatem uznać należy, że jest to „pierwsze zdarzenie”, jeśli przyjąć za odwołaniem, że „zdarzeniem” jest naliczenie kary umownej. Niemniej jednak, Izba wskazuje, że w okolicznościach tej sprawy, dochodzenie przez Port Lotniczy Poznań – Ławica kary umownej jest konsekwencją zaniechania przez Przystępującego reakcji na wezwania do usunięcia wad, zgłoszonych 10 marca 2021 r. i 16 kwietnia 2021 r. Zatem, w tej sprawie pierwszym „zdarzeniem” nie jest naliczenie kary umownej lecz realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady, co miało miejsce zgłoszeniami z 10 marca 2021 r. i 16 kwietnia 2021 r., bowiem w tej sprawie kara umowna jest jedynie konsekwencją niewykonania przez Przystępującego zgłoszonych przez Port Lotniczy roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi. Innymi słowy, Odwołujący w treści zarzutu niezasadnie utożsamia w tej sprawie „zdarzenie” z okolicznością dochodzenia kary umownej, ponieważ jest ona wtórna wobec faktu realizacji przez Port Lotniczy roszczeń z tytułu gwarancji i rękojmi. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 czerwca 2024 r. Prawidłowo więc ustalił Zamawiający i wykazał w odpowiedzi na odwołanie, że wobec Przystępującego upłynął już 3 letni termin, o którym mowa w przepisie art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, a tym samym Przystępujący nie był zobowiązany zaznaczać odpowiedzi „tak” na sporne pytanie w formularzu JEDZ.

Reasumując powyższe, o oddaleniu odwołania przesądziła jego konstrukcja, w tym oparcie zarzutu o wybiórcze okoliczności sprawy; niezasadne wywiedzenie, że zdarzeniem stanowiącym o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a które powinno zostać notyfikowane w treści JEDZ jest moment przedsądowego wezwania do zapłaty kary umownej z 22 listopada 2023 r. oraz pominięcie okoliczności, że w tej sprawie mamy do czynienia z kwestią realizacji przez Zamawiającego uprawnień z tytułu gwarancji i rękojmi, a kara umowna jest jedynie konsekwencją zaniechania przez Przystępującego usunięcia zgłoszonych mu wad. W związku z powyższym uznać należało, że odwołanie jest bezzasadne, co skutkować musiało jego oddalenie. Z uwagi bowiem na upływ 3 letniego terminu, o którym

mowa w art. 111 pkt 4 ustawy Pzp nie sposób zarzucić Zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z §5 1) i 2) lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....