

WYROK

Warszawa, dnia 29 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek
Emilia Garbala
Małgorzata Jodłowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2024 r., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2024 r. przez Odwołującego - wykonawcę Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Wspólnego Zamawiającego: Miasto Łódź - Zarząd Inwestycji Miejskich z siedzibą w Łodzi, Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

- 1.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2, 3, 5, 7 i 8 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty wykonawcy Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 oraz 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert,
 - 2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
 - 3.kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 2/8 oraz Zamawiającego w części 6/8 i:
 - 3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2.zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 17 700 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego.
- 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

Zamawiający - Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi oraz Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi prowadzą wspólnie postępowanie na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa ul. Franciszkańskiej na odcinku od rejonu posesji nr 24 do ul. Północnej w Łodzi w systemie zaprojektuj i wybuduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 listopada 2023 r., nr 00715820-2023 (numer wydania Dz. U.S: 227/2023).

W dniu 1 lipca 2024 r. Odwołujący – wykonawca Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „Balzola”) i odrzucenia oferty tego Wykonawcy w sytuacji, w której Balzola podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po jej stronie długotrwale nienależycie wykonywała istotne zobowiązania (względnie nie wykonywała tych zobowiązań), wynikające z wcześniej zawartych umów o udzielenie zamówienia publicznego, co doprowadziło w przypadku:

a)umowy nr GKil.272.205.2016.EZ z Gminą Czernica na budowę Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Dobrzykowicach Etap A - Przedszkole i Etap B – Szkoła do naliczenia wobec Balzoli kary umownej z tytułu braku usunięcia wad przedmiotu umowy oraz konieczności zlecenia ich usunięcia w ramach wykonawstwa zastępczego, co skutkowało powstaniem szkody po stronie zamawiającego, który był stroną tej umowy;

b)umowy nr DO/464/17 z Tramwaje Śląskie S.A. na wykonanie zadania pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury

torowo-sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86"- zadanie nr 3; numer postępowania: UE/JRP/B/237/2017 do naliczenia w stosunku do konsorcjum wykonawcy (w skład którego wchodziła Balzola) kary umownej w wysokości 1.981.376,14 zł;

c) umowy nr 2/ZP/2018 z dnia 18.10.2018 r. z Gminą Miejską Mielec na wykonanie zadania pn. „Budowa hali sportowej na terenie MOSIR przy ul. Solskiego 1 w Mielcu” do naliczenia w stosunku do konsorcjum wykonawcy (w skład którego wchodziła Balzola) kar umownych w łącznej wysokości 27.114.683,40 zł, w tym kary umownej w wysokości 9.960.000,00 zł z tytułu zwłoki w ukończeniu przedmiotu zamówienia, a także do zlecenia przez ww. zamawiającego wykonawstwa zastępczego podmiotowi trzeciemu w miejsce konsorcjum, którego członkiem była Balzola;

2) art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp i w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Balzoli i odrzucenia oferty tego Wykonawcy w sytuacji, w której Balzola podlega wykluczeniu z Postępowania, albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa Wykonawca przedstawiła Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd/zataiła informacje dotyczące wystąpienia w stosunku do tego Wykonawcy okoliczności wskazanych w pkt 1 zarzutów, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, albowiem dotyczyły wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp podstaw wykluczenia Balzoli z Postępowania;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Balzoli, a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż została złożona przez Wykonawcę, który podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i 10) Pzp;

4) art. 110 ust. 2 pkt 1) – 3) Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej oceny i uznanie że Balzola skutecznie dokonała samooczyszczenia w zakresie podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, którą notyfikowała Zamawiającemu pismem z dnia 07.06.2024 r., w sytuacji, gdy wspomniane samooczyszczenie nie było skuteczne, gdyż pozbawione było cechy dobrowolności, było spóźnione i nie zostało podjęte przez Balzole samodzielnie, lecz na skutek wezwania Zamawiającego i ujawnienia przez niego podania nieprawdy przez Balzole w dokumencie JEDZ, a niezależnie od tego przeprowadzenie ww. procedury miało pozorny charakter;

5) art. 110 ust. 2 pkt 1) – 3) i ust. 3 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że Balzola udowodniła, iż spełniła wszystkie przesłanki z art. 110 ust. 2 Pzp w ramach przeprowadzonej procedury samooczyszczenia w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, a podjęte przez nią czynności potwierdzają rzetelność tego Wykonawcy i niepodleganie wykluczeniu z uwagi na ww. podstawę, pomimo że Balzola nie wywiązała się z ciężaru dowodzenia przesłanek ww. przepisu, jak również nie wyjaśniła wyczerpująco i transparentnie okoliczności związanych ze swoim nieprawidłowym zachowaniem dotyczącym wprowadzenia Zamawiającego błąd poprzez zatajenie informacji o swojej historii kontraktowej;

6) art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233; dalej: „znku”), a także art. 16 pkt 1) Pzp, mające istotny wpływ na wynik Postępowania, przez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Balzoli, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskania zamówienia) wbrew prawu i dobremu obyczajom niezgodnych z prawdą informacji w dokumencie JEDZ poprzez udzielenie odpowiedzi „NIE” na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, pomimo wystąpienia w stosunku do Balzoli sytuacji opisanych w zarzucie sformułowanym w pkt 1) lit. a) – c);

a w konsekwencji ww. zarzutów

7) art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Balzole w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta STRABAG, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego braku wykluczenia Balzoli z Postępowania i zaniechania odrzucenia złożonej przez nią oferty;

8) art. 16 pkt 1) i 2) Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Balzola, która podlega wykluczeniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też Postępowanie straciło walor przejrzystości.

W oparciu o przedstawione zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Balzole, jako oferty najkorzystniejszej,

2) wykluczenie Balzoli z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenie oferty tego Wykonawcy,

3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu z wyłączeniem oferty Balzoli.

Ponadto wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz przedstawionych na rozprawie;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach Postępowania, na które powołano się w uzasadnieniu odwołania;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych, które zostaną udokumentowane fakturą VAT złożoną na rozprawie.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał: „2. Zgodnie z pkt 1 Rozdziału VII SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy nie podlegający wykluczeniu. W pkt 2 tego Rozdziału Zamawiający wskazał, że wykluczy wykonawcę w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1-6 Pzp. Z kolei w pkt 5 Rozdziału VII Zamawiający wskazał, że wykluczy wykonawcę w sytuacji zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1-10 Pzp.

3. W zakresie podstaw wykluczenia, których dotyczą zarzuty niniejszego odwołania Zamawiający powtórzył w Rozdziale VII pkt 5 ppkt 7, 8 i 10 SWZ odpowiednie przepisy ustawy Pzp, tj. art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) oraz 10) Pzp.” (...) „W Postępowaniu, zgodnie z Rozdziałem IX pkt 1 SWZ, Zamawiający przewidział złożenie dokumentu JEDZ na zasadach wynikających z art. 139 ust. 2 Pzp, tj. na wezwanie Zamawiającego i w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Zgodnie z Rozdziałem IX pkt 2.6.3. SWZ, wykonawca zobowiązany był wypełnić część III JEDZ w zakresie następujących podstaw wykluczenia:

- podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo;
- podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne;
- podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi;
- podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym.

5. Balzola, jako Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona przez Zamawiającego, w odpowiedzi na Jego wezwanie z dnia 14.02.2024 r. przedstawiła dokument JEDZ, który zawiera informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a jednocześnie mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

6. W dokumencie JEDZ, w części III sekcja C, Balzola udzieliła odpowiedzi „NIE” na pytanie: „Czy wykonawca znajduje 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?”.

Dowód: Dokument JEDZ Balzoli (w aktach Postępowania)

7. Odpowiedź Balzoli na ww. pytanie nie koresponduje z informacjami, do których dotarł Odwołujący, a z których wynika, że w stosunku do ww. Wykonawcy zachodzi część sytuacji, o których mowa w ww. pytaniu, co implikowało obowiązek udzielenia odpowiedzi „TAK” i opisanie tych sytuacji w JEDZ.” (...) „W oparciu o zawarte w JEDZ informacje, Zamawiający błędnie ocenił i wybrał w dniu 04.03.2024 r. ofertę Balzoli jako najkorzystniejszą. Na tę czynność odwołanie złożył STRABAG w dniu 14.03.2024 r., które zostało zarejestrowane w Izbie pod sygn. KIO 844/24.

10. STRABAG zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie przepisów art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) 10) Pzp wskazując, że Balzola powinna zostać wykluczona z Postępowania, albowiem po pierwsze, zachodzą wobec niej podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7), a po drugie wprowadziła w błąd Zamawiającego co do istnienia tych okoliczności. W odwołaniu wskazano na dwie zawarte przez Balzolę umowy:

- Umowę nr GKil.272.205.2016.EZ z Gminą Czernica na „Budowę Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Dobrzykowicach Etap A - Przedszkole i Etap B - Szkoła” (dalej jako: „Umowa Czernica”)
- Umowę nr DO/464/17 z Tramwaje Śląskie S.A. na wykonanie zadania pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo- sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86”- zadanie nr 3 (dalej: „Umowa TS”).

11. W ramach obu ww. umów Balzoli naliczono kary umowne za nienależyte wykonywanie obowiązków umownych, co zresztą szczegółowo opisane jest w dokumentacji Postępowania m.in. na skutek informacji przekazanych przez Gminę Czernica oraz Tramwaje Śląskie S.A. 12. W odwołaniu w sprawie o sygn. KIO 844/24 STRABAG podniósł, że Balzola znalazła się w sytuacji, w której nienależycie wykonała poprzednio zawarte umowy o zamówienie publiczne, co doprowadziło do odszkodowań w znacznej wysokości (które przybrały postać kar umownych) oraz wprowadzenia wykonawstwa zastępczego. Mimo to, Balzola żadnej z tych sytuacji nie notyfikowała Zamawiającemu w JEDZ i zataiła je przed nim, co miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w Postępowaniu – Zamawiający dokonał wyboru Balzoli nie mając wiedzy o jej sytuacji podmiotowej. W związku z czym, Zamawiający pozbawiony został możliwości zweryfikowania Balzoli pod kątem oceny jej oferty i wyboru.

Dowód: Odwołanie STRABAG z dnia 14.03.2024 r. w sprawie o sygn. KIO 844/24 wraz z załącznikami (w aktach Postępowania)

13. Na skutek odwołania w sprawie o sygn. KIO 844/24 Zamawiający zdecydował się unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwać Balzole do złożenia wyjaśnień w związku z zarzutami wspomnianego odwołania i realizacją wskazanych tam umów.

14. Balzola pismem z dnia 05.04.2024 r. ustosunkowała się do zarzutów odwołania, a także poinformowała o naliczonych karach umownych i sporze, jaki wyniknął w związku z realizacją umowy nr 2/ZP/2018 z dnia 18.10.2018 r. z Gminą Miejską Mielec na wykonanie zadania pn. „Budowa hali sportowej na terenie MOSIR przy ul. Solskiego 1 w Mielcu” (dalej jako: „Umowa Mielec”).

15. Po otrzymaniu ww. wyjaśnień, Zamawiający zwrócił się do zamawiających publicznych wszystkich trzech wspomnianych umów (Czernica, TŚ, Mielec) z prośbą o udzielenie informacji o okolicznościach ich realizacji, w tym m.in. naliczonych karach umownych. W odpowiedzi wszyscy zamawiający potwierdzili wystąpienie okoliczności związanych z nienależytym wykonywaniem umów przez Balzole i podstawy do naliczenia kar umownych, względnie wprowadzenia wykonawstwa zastępczego.

16. Na skutek zgromadzonych informacji (a w szczególności tych dotyczących Umów TŚ i Mielec) Zamawiający doszedł do przekonania, że Balzola winna zostać wykluczona z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) i 10) Pzp, a jej oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp. Pismem z dnia 29.05.2024 r. Zamawiający wezwał Balzole do poprawienia dokumentu JEDZ i przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w odniesieniu do podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 109 ust. 1 pkt 7) i 10) Pzp.

17. Balzola pismem z dnia 05.06.2024 r. zwróciła się do Zamawiającego z wnioskiem o reasumpcję jego stanowiska w zakresie podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp i związanego z tą podstawą wezwania do przeprowadzenia samooczyszczenia.

Kolejnym pismem z dnia 07.06.2024 r. Balzola złożyła oświadczenie o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia w zakresie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp.

18. Pismem z dnia 19.06.2024 r. Zamawiający unieważnił czynność z dnia 29.05.2024 r. w zakresie wezwania Balzoli odnośnie wezwania do uzupełnienia JEDZ w zakresie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) i 10) Pzp oraz przedstawienia środków podjętych w ramach self-cleaning odnośnie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Czynność unieważnienia została rzekomo podjęta na skutek ponownej analizy oceny złożonych wyjaśnień przez Balzole oraz zamawiających publicznych Umów Czernica, TŚ oraz Mielec. Warto jednak nadmienić, iż przed wystosowaniem pisma z dnia 19.06.2024 r. Balzola złożyła w tej sprawie odwołanie zarejestrowane pod sygn. KIO 2026/24 na czynność z dnia 29.05.2024 r. Wobec unieważnienia tej czynności przez Zamawiającego postępowanie odwoławcze zostało umorzone na skutek braku substratu zaskarżenia.

19. W dniu 21.06.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty Balzoli jako najkorzystniejszej.”. Uzasadniając zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp Odwołujący wskazał: „Z dokumentów zgromadzonych w aktach Postępowania wynika, że Balzola w odniesieniu do wszystkich trzech Umów, których nie ujawniła w JEDZ (Czernica, TŚ i Mielec) w znacznym stopniu, tudzież długotrwale nienależycie wykonywała istotne zobowiązania umowne, co skutkowało naliczaniem przez zamawiających kar umownych oraz korzystania z instytucji wykonawstwa zastępczego.

II.1. Umowa nr GKil.272.205.2016.EZ z Gminą Czernica na „Budowę Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Dobrzykowicach Etap A - Przedszkole i Etap B -Szkoła” – kara umowna i wykonawstwo zastępcze

21. Przedmiot Umowy Czernica został wykonany z wadami w odniesieniu do nawierzchni bezpiecznych boisk i placów zabaw. Gmina Czernica wielokrotnie bezskutecznie wzywała Balzole do naprawy wad przedmiotu Umowy celem osiągnięcia przez ten przedmiot Umowy stanu pożądanego i prawidłowego.

22. Wskutek powyższego, Gmina Czernica na podstawie § 10 ust. 1 pkt 3) Umowy Czernica w dniu 20.03.2023 r. naliczyła konsorcjum, którego liderem była Balzola, karę umowną w wysokości 520.000 zł wobec zwłoki Balzola w usunięciu ww. wad. Kara umowna została udokumentowana notą księgową nr NK/0009/2023 z dnia 20.03.2023 r. Zgodnie z informacją udzieloną przez Gminę Czernica:

- Balzola do dnia 07.03.2024 r. nie kwestionowała zasadności, ani wysokości naliczonej przez Gminę kary umownej;
- kara umowna została w zakresie kwoty 514.017 zł zaspokojona w wyniku zajęcia i wypłaty środków z gwarancji bankowej nr DOK3766GWB16AA stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania Umowy Czernica w odniesieniu do roszczeń z tytułu rękojmi;
- do zapłaty na rzecz Gminy Czernica pozostaje jeszcze tytułem ww. kary kwota 5.983 zł.

Dowód: Wniosek z dnia 06.03.2024 r. ws. udostępnienia informacji publicznej

Pismo Urzędu Gminy Czernica z dnia 07.03.2024 r., nr OiSO.1431.44.2024.MP

Umowa nr GKil.272.205.2016.EZ z dnia 16.12.2016 r.

Nota księgowa nr NK/0009/2023 z dnia 20.03.2023 r. (wszystkie ww. dokumenty stanowią załączniki do odwołania STRABAG z dnia 14.03.2024 r. w sprawie o sygn. KIO 844/24 i znajdują się w aktach Postępowania)

23. Wysokość i podstawa umowna naliczonej kary świadczą o tym, iż Balzola w odniesieniu do wszystkich wad w

przedmiocie Umowy Czernica pozostaje w zwłoce z ich usunięciem łącznie przez 1.040 dni. Odwołujący nie dysponuje informacjami, czy powyższa kara dotyczy kilku, czy też kilkuset wad przedmiotu Umowy i jaki jest czas zwłoki w usunięciu każdej z tych wad, niemniej zarówno wysokość kary, jak i globalny okres zwłoki w usuwaniu wszystkich wad są znaczące. Na marginesie warto dodać, że naliczona kara umowna skonsumowała całe zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi w postaci gwarancji bankowej, które wynosiło 514.017 zł.

24. Niezależnie od naliczonej kary i wobec długotrwałego braku wykonania przez Balzole napraw wad pomimo takiej konieczności, Gmina Czernica zmuszona została na podstawie § 13 ust. 4 Umowy Czernica zlecić usunięcie wad przedmiotu Umowy w ramach wykonawstwa zastępczego podmiotowi trzeciemu – SOLID-STET Sp. z o.o. Sp.k. Z tego tytułu Gmina Czernica poniosła dodatkowy koszt w wysokości 928.042,13 zł stanowiący jej szkodę w związku z nienależytym wykonaniem przez Balzole istotnych obowiązków umownych związanych z obowiązkiem wykonania kompletnego i pozbawionego wad przedmiotu Umowy Czernica. Jak wynika z informacji przekazanych przez Gminę Czernica, wystąpiła ona przeciwko Balzoli do Sądu Okręgowego we Wrocławiu z powództwem o zapłatę odszkodowania w związku z poniesionym kosztem wykonawstwa zastępczego udokumentowanym fakturą VAT nr 03/10/2023 z dnia 29.09.2023 r. W dniu 14.02.2024 r. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w sprawie o sygn. X GNC 116/24 wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, którym nakazał Balzoli zapłatę dochodzonego przez Gminę Czernica roszczenia.

Dowód: Pismo Urzędu Gminy Czernica z dnia 07.03.2024 r., nr OiSO.1431.44.2024.MP Faktura nr 03/10/2023 z dnia 29.09.2023 r. (wszystkie ww. dokumenty stanowią załączniki do odwołania STRABAG z dnia 14.03.2024 r. w sprawie o sygn. KIO 844/24 i znajdują się w aktach Postępowania)

25. Powyższe informacje, do których STRABAG dotarł w toku Postępowania zostały potwierdzone następnie w piśmie Gminy Czernica do Zamawiającego z dnia 14.06.2024r., które znajduje się w aktach Postępowania.

26. Balzola w dokumencie JEDZ przedłożonym Zamawiającemu nie przedstawiła ww. informacji. Co więcej, udzielając odpowiedzi „NIE” na pytanie, czy znajdowała 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, de facto zataiła ww. okoliczności wprowadzając Zamawiającego w błąd odnośnie swojej sytuacji podmiotowej i uniemożliwiając zbadanie ww. okoliczności. Kwestia prawidłowego $2\,520.000\text{ zł} / 500\text{ zł} = 1.040$ dni (stawka kary wynosi 500 zł/dzień zwłoki) wykonania przedmiotu Postępowania (obejmująca także jego sprawność, bezawaryjność, czy solidność) wydaje się zaś mieć istotne znaczenia dla Zamawiającego, skoro jednym z kryteriów oceny ofert uczynił kryterium „Gwarancja jakości i rękojmia na wykonany przedmiot umowy” związane z okresem udzielonej gwarancji i rękojmi.

27. W ocenie Odwołującego ww. okoliczności wyczerpują przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Zasadniczym obowiązkiem Balzoli w ramach Umowy Czernica było wykonanie i przekazanie Gminie Czernica kompletnego i prawidłowo wykonanego przedmiotu Umowy Czernica (zob. § 6 ust. 2 pkt 1) Umowy Czernica). Wskazany obowiązek umowny obejmuje realizację przedmiotu Umowy pozbawionego wad, a jeśli takie wystąpią, to wykonawca zobowiązany jest je usunąć. Jak wynika z przytoczonych powyżej okoliczności – przedmiot Umowy Czernica posiadał liczne wady, od których usunięcia Balzola długotrwale się uchylała, pomimo wielokrotnych wezwań ze strony Gminy do naprawy nawierzchni bezpiecznych boisk i placów zabaw.

28. W tym kontekście Odwołujący zwraca uwagę, że nawet w przypadku uznania, iż brak usuwania wad przedmiotu Umowy nie wyczerpuje przesłanki „znaczącego niewykonania”, nie oznacza to, że Balzola nie podlega wykluczeniu. Zgodnie z doktryną: „niekiedy jednak także drobne niedociągnięcia będą prowadzić do wykluczenia wykonawcy, jeżeli się powtarzają. Nienależyte wykonanie zobowiązania nie musi być znaczące w przyjętym wyżej znaczeniu, jeżeli wykonawca „długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie”. Długotrwale nienależyte wykonywanie zobowiązania ma miejsce, jeżeli wykonawca regularnie nienależycie wykonuje zobowiązanie, nawet jeżeli w danym wypadku stopień wadliwości nie jest znaczny”. Z informacji przekazanych przez Gminę Czernica wynika, że Balzola uchylała się od obowiązku usuwania wad miało miejsce wielokrotnie.

29. Art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp oprócz przesłanki niewykonania/nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania umownego wymaga również wystąpienia skutku w postaci „wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”. Taki skutek ma miejsce w omawianej sprawie, gdyż Balzoli naliczono karę umowną na podstawie § 10 ust. 1 pkt 3) Umowy Czernica, którą następnie zaspokoiono z gwarancji bankowej, która miała zabezpieczać roszczenia z tytułu rękojmi za wady (§ 14 ust. 3 Umowy Czernica). Tym samym, Gmina Czernica na skutek niewykonania istotnych zobowiązań umownych związanych z naprawą wad zmuszona została zrealizować przewidziane umową uprawnienia z tytułu rękojmi za wady.

30. Nadto, w kontekście skutku przewidzianego w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp należy zwrócić uwagę, że ww. nienależyte wykonanie obowiązku umownego determinowało skorzystanie z wykonawstwa zastępczego w zakresie naprawy boisk i placów zabaw. Następstwem tego jest szkoda Gminy w wysokości 928.042,13 zł. Wartość napraw uzasadnia wniosek,

że wady w wykonanym przez Balzola przedmiocie Umowy Czernica nie miały charakteru incydentalnych usterek. Koszt ich usunięcia przenosił bowiem wartość zabezpieczeń przewidzianych na wypadek wystąpienia wad w przedmiocie Umowy Czernica.

II.2. Umowa nr DO/464/17 z Tramwaje Śląskie S.A. na wykonanie zadania pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86”- zadanie nr 3; numer postępowania: UE/JRP/B/237/2017 – kara umowna

31. Balzola (jako partner) w konsorcjum z Construcciones y Promociones Balzola S.A. i NDI

Sopot S.A. (będącą liderem) zawarła w dniu 29.09.2017 r. Umowę TŚ z Tramwaje Śląskie S.A.. Wynagrodzenie umowne opiewało na kwotę 20.656.981,98 zł brutto. W dniu 17.08.2022 r. Tramwaje Śląskie S.A. naliczyły wobec konsorcjum karę umowną w wysokości 1.981.376,14 zł, co dokumentować ma nota księgowa nr 3/JRP-B/2022 z dnia 17.08.2022 r.

32. Biorąc pod uwagę wartość naliczonej kary w stosunku do wartości wynagrodzenia umownego wykonawcy (9,59% wartości wynagrodzenia umownego brutto) oraz okoliczności jej naliczenia udokumentowane w aktach Postępowania (w szczególności pismo Tramwajów Śląskich S.A. z dnia 22.05.2024 r., które znajduje się w aktach Postępowania, uzasadnionym była konstatacja, że przyczyną jej naliczenia musiało być znaczące naruszenie istotnego obowiązku umownego przez konsorcjum (w tym Balzoli).

Co więcej, taką ocenę Zamawiający podzielał w piśmie z dnia 29.05.2024 r. wskazując, że okoliczności realizacji Umowy TŚ uzasadniają przyjęcie, że mamy w tym przypadku do czynienia ze spełnieniem przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

33. Jak wynika z informacji przekazanych przez Tramwaje Śląskie S.A., ww. zamawiający wobec braku zaspokojenia przez konsorcjum wspomnianej kary umownej w dniu 29.11.2022 r. wytoczył przeciwko konsorcjum powództwo o zapłatę kwoty 1.981.376,14 zł przed Sądem Okręgowym w Katowicach, które jest w toku i zostało zarejestrowane pod sygn. XIII GC 67/23. Okoliczność, iż spór nie został zakończony uzasadnia przypuszczenie, że pozwani (w tym Balzola) kwestionują żądanie pozwu, co jednak nie uzasadnia braku zamieszczenia w JEDZ informacji o naliczonej karze umownej i w konsekwencji udzielenia odpowiedzi negatywnej na pytanie, czy Balzola znajdowała 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.

Dowód: Pismo Tramwaje Śląskie S.A. z dnia 23.02.2023 r., nr ND/DO/143/2023 (dokument stanowi załącznik do odwołania STRABAG z dnia 14.03.2024 r. w sprawie o sygn. KIO 844/24 i znajduje się w aktach Postępowania)

34. Fakt, iż w toku postępowania sądowego negowana jest zasadność naliczenia przez Tramwaje Śląskie S.A. w związku z realizacją Umowy z TŚ wskazanej kary umownej pozostaje bez znaczenia dla obowiązku notyfikowania tej okoliczności Zamawiającemu w dokumencie JEDZ. Ocena okoliczności tej sprawy pod kątem ewentualnego wykluczenia Balzoli na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp powinna być dokonywana przez Zamawiającego, a nie Wykonawcę.

II.3. Umowa nr 2/ZP/2018 z dnia 18.10.2018 r. z Gminą Miejską Mielec na wykonanie zadania pn. „Budowa hali sportowej na terenie MOSIR przy ul. Solskiego 1 w Mielcu – kara umowna i wykonawstwo zastępcze

35. Z akt Postępowania wynika, że w odniesieniu do Umowy Mielec przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp również została spełniona. Jak podaje Gmina Miejska Mielec, w ramach Umowy Mielec Balzoli naliczono kary umowne rzędu kilkunastu milionów złotych. Tylko w zakresie braku tudzież nieterminowych płatności na rzecz podwykonawców zamawiający naliczył kary w łącznej wysokości ponad 16 milionów złotych.

36. Najistotniejsza w tej sprawie jest jednak kara umowna związana ze zwłoką w wykonaniu Umowy Mielec opiewająca na kwotę 9.960.000 zł. Zwłoka w realizacji Umowy Mielec była znacząca. Wszak jak wynika z pisma Gminy Miejskiej Mielec z dnia 20.05.2024 r., które znajduje się w aktach Postępowania, jej zakończenie miało mieć miejsce 24.01.2022 r., a ostatecznie obiekt oddany został dopiero 16.06.2023 r., a więc z prawie 1,5- roczną zwłoką. 37. Godzi się przy tym zauważyć, jak diametralnie odbiega relacja Balzoli z przebiegu wykonania tej Umowy w stosunku do tego przedstawiła Gmina Miejska Mielec w piśmie do Zamawiającego z dnia 20.05.2024 r. W piśmie szczegółowo omówiono data po dacie przebieg realizacji i postępowanie Balzoli.

38. Fakt, iż Balzola wytoczyła Gminie Miejskiej Mielec powództwo o zapłatę nie dyskredytuje stanowiska ww. zamawiającego i wytkniętych przez niego uchybień w wykonaniu istotnych zobowiązań umownych przez Balzole w sposób długotrwały i uciążliwy.

39. Znamionnym jest, że Gmina Miejska Mielec jest niezwykle drobiazgowa w przypadku okoliczności związanych z naliczeniem kar umownych i wykonawstwem zastępczym wprowadzonym na tej Umowie (co dodatkowo winno skłaniać Balzole o informowaniu w ramach swojej historii kontraktowej o okolicznościach związanych z wykonaniem tej Umowy).

40. Balzola kwestionuje rzecz jasna naliczone w ramach Umowy Mielec kary umowne, niemniej należy zauważyć, że w sposób zdawkowy komentuje uwagi Gminy Miejskiej Mielec przekazane Zamawiającemu.

41. W ocenie STRABAG Zamawiający miał podstawy ku temu, aby uznać, że w stosunku do

Balzoli zachodzi podstawa wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, tym bardziej, że na taki tok jego

rozumowania wskazywało już pismo z dnia 29.05.2024 r.

Dowód: pismo Gminy Miejskiej Mielec z dnia 20.05.2024 r. (w aktach Postępowania) art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp.

42. W ocenie Odwołującego Balzola udzielając odpowiedzi „NIE” na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” wprowadziła Zamawiającego w błąd odnośnie swojej sytuacji podmiotowej zatajając fakt naliczenia wobec niej przez zamawiających publicznych w ramach umów wymienionych w części II powyżej, kar umownych i odszkodowania (związanego z kosztami wykonawstwa zastępczego, o którym mowa w odniesieniu do Umowy Czernica) oraz wdrożonych instytucji wykonawstwa zastępczego (Umowy Czernica i Mielec).

43. Kwestia udzielenia odpowiedzi na pytanie dotyczące zdarzeń kontraktowych wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp została transparentnie wyjaśniona w wyroku Izby z dnia 14.03.2022 r., sygn. KIO 449/22, którego fragment Odwołujący przywołał we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia Odwołania.

44. Udzielenie odpowiedzi „TAK/NIE” na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” jest ściśle powiązane z dalszym obowiązkiem opisu sytuacji odpowiadających kryteriom przewidzianym w tym pytaniu.

45. Udzielenie odpowiedzi na ww. pytanie, a w dalszej kolejności opisanie przez wykonawcę sytuacji, które odpowiadają okolicznościom wskazanym w pytaniu jest prosty - jest nim umożliwienie Zamawiającemu dokonania indywidualnej oceny każdego takiego przypadku opisanego w JEDZ właśnie z celu zweryfikowania, czy są to przypadki o których mowa przesłance wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) czy 7) Pzp. Formularz JEDZ w jednoznaczny sposób nakłada na wykonawcę obowiązek podania informacji o okolicznościach objętych fakultatywnymi przesłankami wykluczenia po to, aby Zamawiający mógł dokonać ich indywidualnej oceny.

46. Wszak nie ulega wątpliwości, iż oceny spełnienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp dokonuje zamawiający, a nie wykonawca. „JEDZ jest dokumentem kategoriowym, jeżeli chodzi o wagę oświadczeń i informacji, jakie wykonawca przedstawia zamawiającemu za jego pomocą. W przypadku zaznaczenia „NIE” wykonawca staje się niejako „sędzią we własnej sprawie” i uniemożliwia zamawiającemu oraz ewentualnie Izbie dokonania oceny, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, pomimo zaistnienia sytuacji, której dotyczy pytanie JEDZ. Trudno przyjąć, że profesjonalny wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji”.

47. W przypadku umów wskazanych w części II uzasadnienia kary umowne związane są z nienależytym wykonaniem istotnych obowiązków umownych, jakimi było terminowe oddanie prawidłowego przedmiotu umowy tj. kompletnego, pozbawionego wad.

48. Fakt, iż Wykonawca w ramach własnej, indywidualnej oceny traktuje naliczone kary umowne jako nieistotne tj. nie związane z sytuacjami opisanymi np. w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, czy kwestionuje zasadność kar umownych nałożonych na niego nie stanowią żadnego argumentu za odstąpieniem od ich podania w Dokumencie JEDZ i tym samym udzieleniem odpowiedzi „NIE” na omawiane wcześniej pytanie.

49. Co więcej, argumentacja Balzoli, jakoby w związku z orzecznictwem Izby i poglądami doktryny dokonała samodzielnie analizy swojej sytuacji kontraktowej i w jej następstwie uznała, że wszystkie 3 ww. umowy nie kwalifikują się do tego, aby poddać je pod analizę Zamawiającego, a nawet wspominać o nich przy okazji złożenia JEDZ, jest nieprzekonująca. W przypadku Umowy Mielec takiej konstatacji Balzoli nie sposób przyznać racji choćby z tego względu, że jej partner z konsorcjum realizującego Umowę Mielec - Mosty Łódź S.A. w składanych przez siebie dokumentach JEDZ notyfikuje okoliczności związane z Umową Mielec. Nadto, taka notyfikacja w odniesieniu do Mostów Łódź S.A. to nie efekt działania na przestrzeni ostatniego miesiąca czy kwartału. Mosty Łódź S.A. w składanym JEDZ, a w zasadzie w załączniku do niego co najmniej od listopada ubiegłego roku informują o okolicznościach Umowy Mielec dając tym samym zamawiającym możliwość samodzielnej oceny tej sytuacji, a nie dozowania wiedzy, jak uczyniła w tym przypadku Balzola.

Dowód: Dokument JEDZ Mosty Łódź S.A. z dnia 29.11.2023 r. złożony w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA [załącznik nr 7 do odwołania] Załącznik nr 1 do JEDZ Mosty Łódź S.A. datowany na dzień 07.11.2023 r. [załącznik nr 8 do odwołania]

50. Nie sposób uznać w świetle zasad doświadczenia życiowego oraz praktyki rynku zamówień publicznych, aby brak informacji o karach związanych z istotnymi obowiązkami umownymi, naliczonych w ramach innych umów o zamówienie publiczne, a w dalszej kolejności zaznaczenie odpowiedzi „NIE” były wynikiem omyłki, czy błędnej interpretacji, tym bardziej, że w realiach tej sprawy mamy do czynienia z podwyższonym miernikiem staranności (art. 355 § 2 kc w zw. z

art. 8 ust. 1 Pzp). Miernik ten nakłada na podmioty będące profesjonalistami obowiązek rzetelnego i skrupulatnego przygotowania ofert przetargowych, w których deklarowany stan rzeczy będzie odpowiadać rzeczywistości.

51. Informacje podawane w Postępowaniu składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ warunki udziału w Postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane przez pryzmat staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, mają zastosowanie przepisy kc. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23.10.2003 r. sygn. V CK 311/02 wskazał, że „wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.”.

52. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.

53. W świetle powyższego, brak podania przez Balzole w dokumencie JEDZ informacji o nałożeniu kar umownych o łącznym wymiarze kilku, jeśli nie kilkunastu milionów złotych w związku z nienależytym wykonywaniem Umów Czernica, TŚ i Mielec (równoznaczny z udzieleniem odpowiedzi „NIE” na ww. pytanie) jest wprowadzeniem Zamawiającego w błąd odnośnie dopuszczalności udziału w Postępowaniu tego Wykonawcy. Jest to okoliczność istotna z punktu widzenia decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu, albowiem dotyczy ustalonych przez niego w SWZ podstaw weryfikacji zdolności wykonawców do wykonania zamówienia. Postawę Balzoli należy traktować jak przypadek rażącego niedbalstwa w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp. Decydując się na weryfikację rzetelności wykonawców poprzez ustalenie w SWZ przesłanek wykluczenia Zamawiający ma prawo dyskwalifikować tych z nich, którzy nie dają gwarancji należytego wykonania zamówienia.

54. Niezależnie od kwestii spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, przedstawiona wyżej argumentacja uzasadnia również wykluczenie Balzoli z Postępowania i następnie odrzucenie oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, który to przepis ma charakter samodzielny.

55. „Dla zastosowania podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych muszą zaistnieć łącznie następujące przesłanki: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzającej zamawiającego w błąd, 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Jeżeli więc w przetargu dojdzie do wypełnienia wskazanych przesłanek, zamawiający ma obowiązek zastosować sankcję w postaci eliminacji wykonawcy z postępowania. Zastosowanie omawianej normy, zgodnie z jej brzmieniem, nie jest zależne od tego, czy w przetargu potwierdzą się inne podstawy wykluczenia. Jest to samodzielny, odrębny przepis, który nie jest uzależniony od stwierdzenia przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 wskazanej ustawy”.

56. Kwestia spełnienia pierwszej z przesłanek przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp wymienionych w przytoczonym powyżej wyroku KIO została już omówiona w poprzednich fragmentach odwołania. W tym miejscu należy jedynie poprzestać na konstatacji, iż brak uwzględnienia przez Balzole w dokumencie JEDZ informacji o naliczonych karach umownych przez Gminę Czernica, Gminę Miejską Mielec i Tramwaje Śląskie S.A. (jako konsekwencja udzielenia odpowiedzi „NIE”) czyni niezgodną z rzeczywistością odpowiedź udzieloną na pytanie o odszkodowania lub inne sankcje w związku wcześniej zawartymi umowami o udzielenie zamówienia publicznego.

57. Jeśli zaś chodzi o drugą z przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, w doktrynie wyjaśnia się, że z lekkomyślnością mamy do czynienia, gdy wykonawca jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie. Niedbalstwo ma zaś miejsce wówczas, gdy wykonawca podaje nieprawdziwe informacje, nie zdając sobie z tego sprawy.

58. Postępowanie Balzoli polegające na braku uwzględnienia informacji dotyczącej kar naliczonych przez Gminy Czernię i Mielec oraz Tramwaje Śląskie S.A. jawi się więc co najmniej, jako przejaw niedbalstwa wyrażający się w tym, że ww. Wykonawca nie dołożył należytej staranności w przygotowaniu informacji, które następnie przekazał Zamawiającemu w ramach Dokumentu JEDZ.

59. W odniesieniu do Balzoli i jej oferty spełniona jest również ostatnia z przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp. Na gruncie ww. przepisu wykluczenie winno nastąpić już za podanie wprowadzających w błąd informacji, które mogą mieć

istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Świadczy o tym użycie sformułowania „co mogło mieć wpływ”. W piśmiennictwie do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zalicza się informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy czy też odrzucenia jego oferty¹⁰. Kwestia naliczonych wobec Balzoli kar umownych przez ww. zamawiających oraz nienależytego wykonania obowiązków umownych, z którymi te kary są powiązane rzutuje zaś na kwestię wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.”

(...)

W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 110 ust. 2 pkt 1) – 3) Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp. Samooczyszczenie w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, które Balzola notyfikowała Zamawiającemu oświadczeniem z dnia 07.06.2024 r. było nieskuteczne, w związku z czym ww. wykonawca winien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, a złożona przez niego oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) i c) Pzp.

61. Należy bowiem wskazać, że ujawnienie okoliczności dotyczących Umowy Czernica, Umowy TŚ i wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez Balzolę na skutek niezgodne z rzeczywistością wypełnienia dokumentu JEDZ nie wynikało z inicjatywy Balzoli. O podaniu nieprawdy w zakresie ww. umów Zamawiający powziął wiedzę od Odwołującego i następnie sam zaczął „dopytywać” Balzolę z jakich przyczyn nie ujawniła faktu naliczenia w obu ww. kontraktach kar umownych.

Dowód: Odwołanie STRABAG w sprawie o sygn. KIO 844/24 wraz z załącznikami (w aktach Postępowania) Pismo Zamawiającego z dnia 28.03.2024 r. do Balzoli (w aktach Postępowania)

62. Jeśli chodzi o Umowę Mielec, Balzola ujawniła związane z nią zdarzenia kontraktowe w wyjaśnieniach z dnia 05.04.2024 r. Trudno jednak nie odnieść wrażenia, że podanie informacji o Umowie Mielec wynikało z tego, iż Zamawiający zdążył już „przytapać” Balzolę na niepodaniu informacji odnośnie Umów Czernica i TŚ.

63. Odwołujący stoi na stanowisku w ślad za poglądem wyrażonym przez Izbę w wyroku z dnia 21.02.2024 r., sygn. KIO 353/24, iż „podanie informacji, które mijają się z rzeczywistością, nie stanowi błędu, lecz jest po prostu oświadczeniem nieprawdy, z nastawieniem na wprowadzenie zamawiającego w błąd i uzyskanie zamówienia. Tym samym tzw. druga szansa, o której mówi art. 128 p.z.p., nie przysługuje”.

64. W ocenie Odwołującego w takiej sytuacji Balzola nie jest uprawniona do zmiany dokumentu JEDZ, podania odpowiedzi „TAK” na pytanie w części III sekcji C ww. dokumentu i ujawnienia zdarzeń kontraktowych związanych z Umowami Czernica, TŚ oraz Mielec. Tym bardziej nie jest to możliwe w sytuacji, gdy Zamawiający powziął sam lub na skutek wniesionego odwołania (jak miało to miejsce w przypadku STRABAG) wiedzę o informacjach, które nie zostały ujawnione w JEDZ.

65. Ujawnienie okoliczności naliczenia kar, odszkodowań i wdrożenia wykonawstwa zastępczego wobec Balzoli w ramach Umów Czernica, TŚ oraz Mielec nie nastąpiło jednak z inicjatywy Balzoli. 66. W rezultacie, również self-cleaning Balzoli nie miał charakteru dobrowolnego i przede wszystkim nie był wynikiem inicjatywy samego wykonawcy, co stawia pod znakiem zapytania skuteczność tej czynności.

67. W orzecznictwie Izby już na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego wskazywano, że tzw. samooczyszczenie stanowi procedurę szczególną, pozwalającą wykonawcy podlegającemu wykluczeniu podjąć środki w celu wykazania, że mimo popełnionych błędów, czy nagannych zachowań, jest on w stanie rzetelnie wykonać zamówienie. Procedura ta ma szczególne zastosowanie w sytuacji, gdy błąd wykonawcy polega na podaniu nieprawdziwych informacji. Należy przyjąć, że w takiej sytuacji, aby wykonawca mógł skorzystać z procedury samooczyszczenia, musi podjąć ją z własnej inicjatywy, w szczególności zaś zanim zamawiający poweźmie wiadomość o nieprawdziwości informacji. Tylko bowiem niezwłoczne działanie wykonawcy, przed zorientowaniem się zamawiającego, że podano mu informację nieprawdziwą, może umożliwić jego skuteczne samooczyszczenie się. (...)

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy zauważyć, że Balzola wiedzę, o tym, że „światło dzienne ujrzały” w tym Postępowaniu okoliczności związane z jej sytuacją kontraktową dot. Umów Czernica i TŚ już z chwilą uzyskania informacji o odwołaniu wniesionym przez STRABAG, względnie po otrzymaniu informacji Zamawiającego o unieważnieniu pierwszej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i przystąpienia do ponownej oceny ofert. Już wtedy Balzola w ocenie Odwołującego winna wykazać się inicjatywą w ujawnieniu wszystkich informacji związanych z okolicznościami ww. umów i przystąpić do samooczyszczenia. Co więcej, w piśmie z dnia 05.04.2024 r. Balzola ujawniła również okoliczności związane z naliczeniem wobec niej kar umownych w ramach Umowy Mielec. (...) ujawnienie naliczenia kar umownych odnośnie Umowy Mielec winno być notyfikowane już na etapie złożenia dokumentu JEDZ, a jeśli miało miejsce dopiero w następstwie wezwania, winno być powiązane z przystąpieniem do samooczyszczenia.

72. Mimo to Balzola, jak wynika z treści pisma z dnia 05.04.2024 r., daleka była wówczas od decyzji w przedmiocie wdrożenia samooczyszczenia z uwagi na podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, a tym bardziej z pkt 10) tego przepisu. W ww. piśmie w odniesieniu do wszystkich trzech ww. umów i okoliczności, które miały miejsce w związku z ich realizacją, Balzola konsekwentnie twierdziła, że nie było podstaw do ujawniania informacji w tym względzie

w dokumencie JEDZ. Balzola bowiem doszła do konstatacji w następstwie samodzielnie przeprowadzonej analizy (czym nota bene w chwili złożenia JEDZ pozbawiła Zamawiającego możliwości oceny jej sytuacji 12 Przytoczony w cytacie art. 24 ust. 8 odpowiada dzisiejszemu art. 110 ust. 2 Pzp Strona 21 z 31 podmiotowej), że w stosunku do żadnej z ww. umów nie mamy do czynienia z sytuacją unormowaną w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

73. Najlepiej powyższe oddaje poniższy fragment omawianego pisma: „Biorąc pod uwagę powyższe, nie można mówić o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy PZP, ponieważ powołane w Odwołaniu okoliczności, w tym naliczenie kar umownych oraz wykonawstwo zastępcze, w żaden sposób nie spełniają przesłanek podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. W związku z tym, Wykonawca nie był zobowiązany do poinformowania Zamawiającego o tych okolicznościach i zasadnie uznał, że są one irrelevantne z perspektywy oceny podmiotowej. Jeżeli jednak Zamawiający uzna przeciwnie, to znaczy o potrzebie informowania o wszystkich, nawet nie wchodzących w zakres zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, okolicznościach kontraktowych, powinien wówczas w pierwszej kolejności wezwać Wykonawcę do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w rozumieniu art. 110 ust. 2 ustawy PZP. Wykonawcy przysługuje w tym zakresie uprawnienie do skorzystania z takiej możliwości. Wykluczenie Wykonawcy w okolicznościach sprawy byłoby przedwczesne, bezpodstawne i krzywdzące. Wykonawca wyraża w tym zakresie gotowość do przeprowadzenia takiej procedury, jeżeli Zamawiający uzna to za właściwe”.

74. Wbrew temu co skonstatował na str. 8 pisma z dnia 29.05.2024 r. Zamawiający, Balzola w piśmie z dnia 05.04.2024 r. nie deklarowała przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Z pisma z dnia 05.04.2024 r. wynikało bowiem:

- Po pierwsze, że Balzola nie uznaje, jakoby miała nieprawidłowo wypełnić JEDZ i wprowadzić w błąd Zamawiającego;
- Po drugie, uważa, że ma możliwość samooczyszczenia, lecz w pierwszej kolejności ruch w tym względzie winien należeć do Zamawiającego, który w ocenie Balzoli zobowiązany był skierować do niej odpowiednie wezwanie.

75. Innymi słowy, Balzola w dniu 05.04.2024 r. nie zamierzała wykonywać żadnego self-cleaning'u, o ile nie otrzyma wezwania od Zamawiającego i uzna taki środek za uzasadniony. 76. Self-cleaning Balzola zdecydowała się wdrożyć (i to jedynie w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp) dopiero 07.06.2024 r., a więc po prawie 2,5 miesiącach od otrzymania od Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie treści JEDZ na skutek informacji podanych w odwołaniu STRABAG.

77. Trudno nie odnieść wrażenia, że działania Balzoli nie miały nic wspólnego z dobrowolnością i „przyznaniem się” do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, lecz zdawały się wynikać z tego, że Balzola na koniec maja br. wobec treści pisma Zamawiającego z dnia 29.05.2024 r. mówiąc kolokwialnie „stanęła pod ścianą”. Na przestrzeni dwóch miesięcy (kwietnia i maja) konsekwentnie bowiem negowała, aby fakty związane z naliczeniem kar umownych czy wykonawstwa zastępczego w Umowach Czernica, TŚ i Mielec podlegały zaprezentowaniu Zamawiającemu w dokumencie JEDZ w ramach odpowiedzi na pytania związane z umowami rozwiązanymi przed czasem lub w których doszło do naliczenia odszkodowań, czy kar umownych. Warto zauważyć, że w toczących się w ww. okresie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzone były przez Gminę Miasto Rzeszów (JEDZ złożony przez Balzola 27.03.2024 r.) oraz Miasto Stołeczne Warszawa – Zarząd Dróg Miejskich (JEDZ złożony przez Balzola 29.04.2024 r.), Wykonawca nadal nie ujawniał Umów Czernica, TŚ i Mielec w ramach odpowiedzi na pytania o rozwiązane umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje. W przypadku ostatniego z tych zamawiających, który prowadził przetarg na zadanie pn. „Przebudowa ulicy Złotej i Zgoda w ramach projektu Nowe Centrum Warszawy” Balzola zdecydowała się jedynie załączać Wyjaśnienie do odpowiedzi na pytanie z Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dotyczące części III sekcja C, w którym wymieniała ww. Umowy zastrzegając przy tym od razu, że okoliczności w nich zaistniałe nie mają nic wspólnego z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Dowód: Dokument JEDZ Balzoli z dnia 29.04.2024 r. złożony w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie [załącznik nr 9 do odwołania] Wyjaśnienie do odpowiedzi na pytanie z Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dotyczące części III sekcja C [załącznik nr 10 do odwołania] Dokument JEDZ Balzoli z dnia 27.03.2024 r. złożony w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Rzeszów [załącznik nr 11 do odwołania]

79. W ocenie Odwołującego powyższe świadczy o tym, że Balzola w dniu 07.06.2024 r. nie była już uprawniona do skorzystania z samooczyszczenia. Wcześniej nie wykazała się żadną refleksją odnośnie popełnionych uchybień licząc najwyraźniej, że cała sytuacja zakończy się dla niej bez jakichkolwiek perturbacji.

80. Z tego względu zdziwienie budzi fakt, iż Zamawiający dokonując wyboru oferty Balzoli jako najkorzystniejszej zaakceptował przeprowadzoną przez nią procedurę samooczyszczenia. STRABAG stoi na stanowisku, że w tym względzie doszło do naruszenia art. 110 ust. 3 Pzp, a Wykonawca winien zostać wykluczony z Postępowania. (...)

Nieskuteczność przeprowadzonej przez Balzole procedury samooczyszczenia w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp wynika także z tego, że jest ona pozorna.

82. W piśmie z dnia 07.06.2024 r. Balzola twierdzi, że wdrożyła procedurę samooczyszczenia dobrowolnie, „w związku z nieprzedstawieniem wraz z oświadczeniem Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”) informacji dotyczących okoliczności mających miejsce w trakcie realizacji dwóch poprzednio wykonywanych przez Wykonawcę

inwestycji w kontekście art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, w następstwie czego Wykonawca mógł w wyniku lekkomyślności lub Strona 23 z 31 niedbalstwa wprowadzić Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP”.

83. W dalszym fragmencie tego samego pisma Balzola wskazuje: „uwzględniając jednak całokształt okoliczności faktycznych związanych z realizacją obu ww. umów istnieje ryzyko uznania przez Zamawiającego, że Wykonawca powinien przekazać wraz z oświadczeniem JEDZ informacje na temat przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec i Umowy Mielec, ponieważ nie ujawniając tych informacji mógł w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzić Zamawiającego w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP uniemożliwiając mu dokonanie samodzielnej oceny sytuacji podmiotowej Wykonawcy w kontekście art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP”.

84. Lektura pisma Balzoli, a w szczególności przytoczone fragmenty, gdzie wielokrotnie Balzola wskazuje na istnienie ryzyka czy możliwości wprowadzenia w błąd stawia pod znakiem zapytania, czy Balzola rzeczywiście uznała, że zaszczy wobec niej podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp. Ze stanowiska Balzoli wynika raczej, że wskazuje ona na pewnego rodzaju prawdopodobieństwo wprowadzenia w błąd, starając się „uciec” od przyznania się do popełnienia błędu i uniknąć jednoznacznej odpowiedzi. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp nie posługuje się natomiast zwrotem „mógł wprowadzić w błąd”, lecz określeniem w formie dokonanej - „przedstawił informacje wprowadzające w błąd”. Skoro więc dany wykonawca decyduje się na procedurę samooczyszczenia w odniesieniu do danej podstawy wykluczenia, nie może kwestionować jej wystąpienia, ani poddawać go pod wątpliwość.

85. Postępowanie Balzoli nie odpowiada wzorcowi wykonawcy decydującego się na skorzystanie z self-cleaning’u, który przedstawiono w ww. orzeczeniu. 86. Wniosek taki wynika także z innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Balzola złożyła ofertę już po rzekomym przeprowadzeniu samooczyszczenia. Mowa w tym względzie o postępowaniu prowadzonym przez Powiat Wołomiński na wykonanie zadania pn. „Rozwój stref przemysłowych na obszarze Powiatu Wołomińskiego poprzez rozbudowę dróg w Gminie Radzymin z podziałem na części” 14 . Wykonawca złożył w ww. postępowaniu ofertę, do której załączył dokument JEDZ 13 Zob. str. 1 oświadczenia Balzola z dnia 07.06.2024 r. 14 Numer ogłoszenia w Dz.U. S.: 2024/S 090-271657 Strona 24 z 31 datowany na 26.06.2024 r.15 (a więc już po przeprowadzeniu rzekomego samooczyszczenia w odniesieniu do przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp). 87. W części III, sekcja C ww. dokumentu pojawia się pytanie dot. wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania o następującej treści: „Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji: a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje; c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia?”

88. Ww. pytanie bez wątplenia nawiązuje do podstaw wykluczenia przewidzianych w art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp, a mimo to Balzola w tej części udziela odpowiedzi „NIE”. Balzola więc równolegle neguje według stanu na dzień 27.06.2024 r., aby znalazła się w takiej sytuacji, gdzie wprowadziłaby zamawiające w błąd lub przedstawiła w następstwie zaniedbania informacje wprowadzające w błąd.

Dowód: Dokument JEDZ Balzoli z dnia 26.06.2024 r. złożony w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Wołomiński [załącznik nr 5 do odwołania] Wyjaśnienie do odpowiedzi na pytanie z Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dotyczące części III sekcja C [załącznik nr 6 do odwołania]

89. Balzola Zamawiającemu w tym Postępowaniu deklaruje więc, że przeprowadziła samooczyszczenie w odniesieniu do sytuacji z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, co nota bene nie czyni jednoznacznie, o czym była mowa już powyżej. W innych postępowaniach twierdzi natomiast, że żadna taka sytuacja z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp nie miała względem niej miejsca. 90. Na marginesie Odwołujący nadmienia, że do ww. dokumentu JEDZ załączone zostało oświadczenie pn. „Wyjaśnienie do odpowiedzi na pytanie z Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dotyczące części III sekcja C” datowane na dzień 27.06.2024 r., w którym Balzola wymienia Umowy Czernica, TŚ oraz Mielec. Należy jednak zauważyć, że oświadczenie to dotyczy rzekomego braku zaistnienia w odniesieniu do tych trzech umów przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp i w żadnej mierze nie porusza zagadnienia. Przy czym podpis pod dokumentem JEDZ pana Emila Kadysza jest z daty 27.06.2024 r. podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp oraz związanego z tą podstawą rzekomego self-cleaning’u Balzoli.

91. Samooczyszczenie Balzoli jest więc pozorne. Podmiot ten nie wykazał swojej rzetelności i w związku z powyższym Zamawiający winien go wykluczyć co najmniej na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp.

(...) 92. Zamawiający dokonał również nienależytej oceny czynności przedstawionych przez Balzole jako podjętych w

ramach procedury samooczyszczenia i błędnie uznał, że Balzola pismem z dnia 07.06.2024 r. wywiązała się z obowiązków przewidzianych w art. 110 ust. 2 Pzp.

93. Uszło uwadze Zamawiającego, że art. 110 ust. 2 Pzp wymaga od wykonawcy realizującego self-cleaning nie zapewnienia o spełnieniu przesłanek przewidzianych tym przepisem, ale ich udowodnieniu. Wykonawca musi więc przedłożyć konkretne dowody w odniesieniu do przesłanek z pkt 1) – 3) ww. przepisu.

94. Na stronie 5 pisma z dnia 07.06.2024 r. Balzola stwierdza, że dokonała audytu wewnętrznego w celu ustalenia przyczyn nieujawnienia informacji dot. Umowy TŚ i Umowy Mielec, zmian, które należy podjąć, aby uniknąć takich sytuacji w przyszłości i innych czynności zmierzających do podwyższenia standardów. W ślad za tym opisem Balzola nie składa jednak żadnego dowodu świadczącego o wykonanym audycie, jego przebiegu. Jedyne dowód załączony do ww. pisma to procedura obiegu informacji, która miała zostać wdrożona w dniu 07.06.2024 r. Jest to jednak co najwyżej dowód na wdrożone środki, którego adekwatność winna być oceniana właśnie poprzez porównanie z wynikami rzeczowego audytu.

95. W ocenie Odwołującego nie można również zgodzić się, aby Balzola wyczerpująco wyjaśniła okoliczności sprawy, w szczególności jeśli mowa o realizacji Umów TŚ i Mielec. W tym względzie Balzola w pkt 2.3. pisma z dnia 07.06.2024 r. twierdzi: „W treści wyjaśnień z dnia 5 kwietnia 2024 r. oraz wyjaśnień uzupełniających z dnia 23 kwietnia 2024 r. Wykonawca przedstawił Zamawiającemu kompleksową informację na temat przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec i Umowy Mielec oraz zaistniałych w ich trakcie komplikacji. Zamawiający dysponuje już zatem pełnym opisem faktów okoliczności realizacji ww. umów.”. Warto jednak zauważyć, że Balzola nie wykazała się w tym przypadku pełną współpracą i przedstawieniem kompletnego stanu faktycznego. Przykładowo w odniesieniu do Umowy Mielec przedstawiła złożony przez siebie pozew do Sądu Okręgowego w Rzeszowie. Transparentność wymagała, aby Balzola przedstawiła również odpowiedź na pozew Gminy Miejskiej Mielec, czego nie uczyniła.

(...)

96. Niezależnie od kwestii skuteczności przeprowadzonego self-cleaning'u w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w związku z brakiem ujawnienia przez Balzole informacji o Umowie TŚ i Mielec, STRABAG podnosi, że wykluczenie ww. Wykonawcy z Postępowania winno nastąpić również w związku z zatajeniem informacji o Umowie Czernica.

97. W odniesieniu do Umowy Czernica Balzola nie przeprowadziła bowiem self-cleaningu w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp.

98. Biorąc pod uwagę okoliczności realizacji Umowy Czernica wynikające z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, Balzola winna notyfikować Zamawiającemu okoliczności związane z realizacją Umowy Czernica, czego nie uczyniła.

99. W ocenie STRABAG, ocena podstaw wykluczenia Balzoli z Postępowania z powodu zatajenia informacji dot. Umowy Czernica w sposób nieuzasadniony uszła uwadze Zamawiającego. Ocena oferty Balzoli jest zatem niekompletna i nieprawidłowa. VIII. Oferta Balzoli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

100. Niezależnie od wcześniej omówionych zarzutów, Odwołujący stoi na stanowisku, że oferta Balzoli podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp, ponieważ została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

101. Naruszenie wskazanych w petitum Odwołania przepisów Pzp i znku wynika w ocenie STRABAG z tego, że oferta Balzoli została wybrana choć ww. wykonawca złożył wraz z ofertą nieprawdziwe oświadczenie odnośnie swojej przeszłości kontraktowej pomijając informacje dotyczące okoliczności, w jakich realizowane były Umowy Czernica, TŚ oraz Mielec. Balzola, jak to już wcześniej wspomniano, podjęła arbitralnie decyzję o zaniechaniu prezentowania ww. informacji Zamawiającemu, choć to nie do niej należała w tym względzie ocena, czy naliczone kary umowne, odszkodowania i wykonawstwa zastępcze, które miały miejsce w toku ww. umów odpowiadają sytuacjom przewidzianym w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

102. Zamawiający z kolei, po uzyskaniu ww. informacji nie wyciągnął w stosunku do Wykonawcy żadnych wniosków. Co więcej w piśmie z dnia 29.05.2024 r. podjął próbę „uratowania” Balzoli wzywając ją do przeprowadzenia samooczyszczenia, choć to rozwiązanie należało już wówczas uznać za spóźnione. Zamawiający nie tylko zaakceptował fakt, że Wykonawca w celu uzyskania zamówienia złożył oświadczenia i przedstawił swoją przeszłość kontraktową w sposób odbiegający od rzeczywistości, ale również „dał zielone światło” i zaakceptował pozorny i niejednoznaczny self-cleaning Wykonawcy, aby zachować go w tym Postępowaniu.

103. Zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Balzoli zaakceptował zachowanie tego Wykonawcy sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, które nie tylko narusza interesy wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, ale również interes Zamawiającego i interes publiczny. Nie można, niezależnie od tego, czy w danym Postępowaniu przewidziano podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) Pzp czy też nie, udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który złożył w danym przetargu nieprawdziwe oświadczenia co do informacji istotnych dla Postępowania, w szczególności tych, które dotyczą jego przeszłości kontraktowej, a tym samym rzetelności w wykonywaniu zamówień

publicznych.

104. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy przeważnie jest badane na podstawie oświadczeń własnych wykonawców, do czego służy JEDZ. Tym samym, brak jest obowiązku przedstawienia przez wykonawców dowodów potwierdzających prawdziwość oświadczeń dotyczących np. podstaw wykluczenia. W tym kontekście kluczowa jest rzetelność składanych w postępowaniu oświadczeń wykonawcy, co koresponduje z wymaganym wzorcem postępowania prezentowanym w orzecznictwie KIO. (...)

105. W ocenie STRABAG działania Balzoli w Postępowaniu, związane z zatajeniem informacji o karach umownych, odszkodowaniach i wykonawstwie zastępczym w ramach Umów Czernica, TŚ oraz Mielec i przyczynach ich wystąpienia odbyły się w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu znku.

106. Art. 1 znku stanowi, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolniej, budownictwie, handlu i usługach - w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów, a zatem ustawa służy zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwości w konkutowaniu na rynku, w tym zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwemu konkutowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyeliminowanie nieuczciwej rywalizacji w postępowaniu służy wszystkim – interesowi publicznemu, przedsiębiorcom oraz klientom. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego interes publiczny łączy się z interesem klienta, ponieważ zamawiający posiadają oba te interesy. Także przedsiębiorca kwestionujący postępowanie innego przedsiębiorcy, zarzucając mu czyn nieuczciwej konkurencji działa nie tylko w interesie własnym, ale i publicznym, który wyraża się w domaganiu się sprawiedliwych reguł gry na rynku.

107. Przedstawienie nieprawdziwych informacji w zakresie wskazywanym niniejszym Odwołaniem spełnia przesłanki czynu, o którym mowa w art. 3. ust. 1 znku. Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

108. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się, że art. 3 ust. 1 znku może stanowić samodzielną podstawą uznania określonego zachowania jako czyn nieuczciwej konkurencji. (...)

109. Odwołujący wskazuje, że Balzola swym działaniem dotyczącym prezentowania niezgodnych z rzeczywistością informacji dotyczących swojej przeszłości kontraktowej wypełniło wszystkie elementy czynu z art. 3 ust. 1 ustawy, którymi są: – działanie podejmowane w związku z działalnością gospodarczą; – sprzeczność czynu z prawem lub dobrymi obyczajami; – działanie zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

110. Po pierwsze, oczywiste jest, że kwestionowane działania (zaniechania) Balzoli związane z brakiem ujawnienia informacji odnośnie przeszłości kontraktowej, które wprowadziły Zamawiającego w błąd były podejmowane w związku z działalnością gospodarczą. Takim działaniem jest ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego i złożenie w tym celu oferty i innych wymaganych dokumentów.

111. Po drugie, złożenie oświadczenia co do braku 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, podczas gdy z informacji uzyskanych od zamawiających publicznych z którymi zawarte były Umowy Czernica, TŚ oraz Mielec wynika, że oświadczenie to mija się z rzeczywistością należy traktować jako sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami.

112. Z analizy akt Postępowania, a w szczególności korespondencji Balzoli do Zamawiającego nie wynika, aby oświadczenie w ww. zakresie zostało złożone na skutek nieprawidłowego zrozumienia pytania sformułowanego w JEDZ. Nie jest ono również wynikiem incydentalnej omyłki Balzoli. Zamiast tego Wykonawca zdecydował się wkroczyć w kompetencje Zamawiającego dotyczące uprawnienia do oceny historii kontraktowej Balzoli i samodzielnie ocenić, że sytuacje, które zaistniały w ramach Umów Czernica, TŚ oraz Mielec nie powinny podlegać analizie.

113. W ocenie STRABAG ww. działanie narusza przepis art. 3 ust. 1 znku.

(...)Odwołujący podnosi, że sposób w jaki Balzola rywalizowała o udzielenie zamówienia w tym Postępowaniu przedstawiając nieprawdziwe oświadczenie, że w stosunku do niej nie wystąpiła żadna sytuacja wskazana w pytaniu dot. rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji jest nie do pogodzenia z wzorcem postępowania przedstawienia w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, czyli takich na których zamawiający mogą po prostu polegać.

117. Na zakończenie trzeba podkreślić, że dla bytu czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 znku znaczenie ma wyłącznie obiektywna sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami. Nie ma znaczenia wina sprawcy, jego świadomość, czy też wyrządzenie swym czynem szkody.

118. Przedstawienie przez Balzole wraz z ofertą nieprawdziwych informacji odnośnie swojej przeszłości kontraktowej naruszyło interes Zamawiającego, Odwołującego i pozostałych oferentów. Interes Zamawiającego oraz pozostałych

wykonawców, w tym STRABAG należy rozumieć szeroko.

119. Działanie Balzoli naruszyło interes Zamawiającego, ponieważ Zamawiający w toku Postępowania, w tym na etapie weryfikacji podmiotu, którego oferta została najwyżej oceniona, polegając na oświadczeniach Balzoli w dokumencie JEDZ, otrzymał nieprawdziwe oświadczenie, które formalnie wykazywało nie tylko brak podstaw do wykluczenia z Postępowania, ale również brak jakiegokolwiek sytuacji, która w tym kontekście winna być przedmiotem analizy przez Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający nie mógł wezwać wykonawcy do uzupełnienia, w związku z przedstawieniem wprowadzającej w błąd informacji. Nadto, postawa Balzoli naruszyła interes Zamawiającego w ogólności jako podmiotu publicznego prowadzącego sprawy publiczne, którego interesem jest, aby Postępowanie prowadzone były zgodnie z prawem i rządzącymi nimi zasadami, w szczególności zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i aby decyzje w tym Postępowaniu podejmowane były na podstawie prawdziwych informacji w zakresie istotnym dla jego wyniku. Tymi istotnymi dla Postępowania informacjami są niewątpliwie te, które dotyczą warunków rzetelności wykonawcy. W interesie Zamawiającego leżą jednolite standardy postępowania dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych, niezależnie od zakresu stosowanych podstaw wykluczenia, a więc, aby powszechnym wzorcem zachowania było przedstawianie w każdym przypadku prawdziwych oświadczeń.

120. Balzola swoim postępowaniem (wyczerpującym znamiona czynu nieuczciwej konkurencji) naruszyła interes Odwołującego w Postępowaniu, ponieważ przegrał z Balzolą na nierównych zasadach gry, tzn. przegrał z Balzolą dlatego, że Zamawiający usprawiedliwił nierzetelność tego podmiotu w przedstawieniu informacji istotnych dla postępowania.

121. STRABAG zaś zakładał w tym, ale również w innych postępowaniach, że wykonawcy konkurują m. in. doświadczeniem, które jest przedstawiane w sposób zgodny z rzeczywistością. W interesie Odwołującego, nie leży dopuszczenie możliwości wygrywania przetargów na podstawie nierzetelnych informacji, w tym tych dotyczących podstaw wykluczenia i udziału w postępowaniu.

122. Zachowanie Balzoli naruszyło interes pozostałych oferentów biorących udział w Postępowaniu. Ich interesem jest możliwość niezakłóconego prowadzenia zgodnie z prawem działalności gospodarczej i osiąganie zysku. Temu służą czytelne reguły konkurencji na rynku zamówień publicznych. W interesie wszystkich uczestników rynku zamówień publicznych leży eliminowanie zachowań które są niepożądane. Niepożądane jest wprowadzenia wyjątków od ogólnej i nadrzędnej reguły działania w postępowaniu zgodnie z dobrymi obyczajami, w tym zasadami uczciwości kupieckiej. Takim wyjątkiem jest zaś omawiana sytuacja. Zamawiający dokonał wyboru Wykonawcy, który złożył w tym Postępowaniu nieprawdziwe oświadczenia odnośnie swojej przeszłości kontraktowej.

123. Ze względu na powyższe, STRABAG uważa, że Zamawiający odstępując od odrzucenia oferty Balzoli złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 znku) naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) oraz pkt 7) Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniosł o odrzucenie odwołania, a w przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku o oddalenie odwołania w całości. Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania wskazał: „Przedmiotowe postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 2329/24 jest trzecim postępowaniem odwoławczym w ramach analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Poprzednie postępowania odwoławcze zarejestrowano pod sygn. akt: KIO 844/24 z dnia 14 marca 2024 r. oraz KIO 2026/24 z dnia 10 czerwca 2024 r. Istotne dla przedmiotowego odwołania jest odwołanie drugie, wniesione od czynności Zamawiającego wykonanej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie m.in.: art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 16 pkt 2 PZP, poprzez błędne uznanie, że powinien on podlegać wykluczeniu z postępowania w związku z faktem, iż rzekomo z przyczyn leżących po jego stronie długotrwale nienależycie wykonał istotne zobowiązania wynikające z dwóch wcześniej zawartych umów o udzielenie zamówienia, tj. umowy zawartej z Tramwajami Śląskimi S.A. oraz Gminą Miejską Mielec, chyba, że zostanie w sposób skuteczny przeprowadzona procedura samooczyszczenia (...). Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w dniu 14 czerwca 2024r., przyłączył się Wykonawca Strabag Sp. z o.o., który wnosil o oddalenie odwołania Balzola Polska Sp. z o.o. w całości. Zamawiający w dniu 19 czerwca 2024r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 10 czerwca 2024 r., i w przypadku braku wniesienia sprzeciwu Przystępującego po stronie Zamawiającego, wniosł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 2 Pzp. Zamawiający 19 czerwca 2024r. unieważnił swoją czynność z 29 maja 2024r. w przedmiocie wezwania Wykonawcy Balzola Polska Sp. z o.o. do poprawienia i/lub uzupełnienia JEDZ w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 Pzp oraz w przedmiocie wezwania do przedstawienia środków przedsięwziętych w ramach procedury samooczyszczenia w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, czyli wykonał żądania zawarte w odwołaniu. W dniu 20 czerwca 2024r. Balzola Polska sp. z o.o. w związku z cofnięciem czynności przez Zamawiającego, złożyła wniosek do Krajowej Izby Odwoławczej o umorzenie postępowania odwoławczego (pismo zostało przekazane również przystępującemu w tamtym postępowaniu Strabag Sp. z o.o.). W dniu 24 czerwca 2024r., Krajowa Izba Odwoławcza zniósła termin posiedzenia odwoławczego, a 25 czerwca 2024r. wydała postanowienie

kończące postępowanie. W ocenie Zamawiającego uwzględnienie odwołania Balzola Polska sp. z o.o., oznaczało, iż Zamawiający uznał, że Wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z postępowania m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a jego oferta nie podlega odrzuceniu (co następnie potwierdził dokonując wyboru z dnia 21 czerwca 2024r.).

Podkreślić przy tym należy, że uczestnik postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2026/24 – Przystępujący po stronie Zamawiającego Strabag Sp. z o.o., nie wniósł sprzeciwu na czynność jaką było uwzględnienie odwołania Balzoli Polska Sp. z o.o., co należy odczytywać jako aprobatę stanowiska Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca ten nie wnosząc sprzeciwu na uwzględnienie przez Zamawiającego odwołania Balzoli Polska Sp. z o.o. zamknął sobie drogę do wniesienia kolejnego odwołania, w którym jako podstawę wskazuje art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, ponieważ stosownie do art. 528 pkt 5 Pzp, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub – w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu – zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołanie podlega odrzuceniu.”.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 22 lipca 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego udział do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem oraz na posiedzeniu z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania wskazać należy, że postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2026/24 zakończyło się wydaniem w dniu 10 czerwca 2024 r. postanowienia na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp na skutek unieważnienia przez Zamawiającego czynności objętej przedmiotem odwołania, nie zaś uwzględnienia zarzutów odwołania. W konsekwencji brak było więc możliwości zgłoszenia przez Przystępującego Strabag sprzeciwu od ww. czynności, skoro czynność ta została unieważniona. Nie sposób więc zgodzić się z Zamawiającym, iż w niniejszym postępowaniu zaistniała podstawa do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub – w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu – zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W konsekwencji Izba wniosek Zamawiającego oddaliła jako bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Przystępującego z postępowania Izba ustaliła:

Zamawiający w dniu 28 marca 2024 r. działając w trybie art. 128 ust. 4 Pzp wezwał Przystępującego do: „złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy tj. Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, dalej „JEDZ”, w następującym zakresie:

W Części III. Podstawy wykluczenia, pkt C: Podstawy związane z niewypłacalnością konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na pytanie o treści: „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?” odpowiedzieliście Państwo przecząco, potwierdzając tym samym brak przesłanek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

Zamawiający przyjął powyższe oświadczenie jako zgodne ze stanem faktycznym i wybrał Państwa ofertę jako najkorzystniejszą.

Na tę czynność Zamawiającego wniósł odwołanie Odwołujący STRABAG Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu

zaniechanie wykluczenia Państwa z postępowania, zaniechanie odrzucenia Państwa oferty i w konsekwencji dokonanie wyboru Państwa oferty jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy podlegacie Państwo wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek wskazanych w odwołaniu. Treść odwołania została Państwu przesłana wraz wezwaniem do przystąpienia w dniu 15.03.2024 r.

Na skutek wniesionego odwołania Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert, o czym powiadomił Wykonawców w dniu 27.03.2024 r.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących zarzutów zawartych we wniesionym odwołaniu, w tym:

1) do odniesienia się do zarzutu długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań wynikających z umów:

- nr GKII.272.205.2016.EZ z Gminą Czernica na budowę Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Dobrzykowicach Etap A - Przedszkole i Etap B Szkoła

oraz

- nr 00/464/17 z Tramwaje Śląskie SA na wykonanie zadania pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86 zadanie nr 3, w których to umowach, jak wskazuje w odwołaniu Odwołujący STRABAG Sp. z o.o., zostały naliczone kary umowne, a w przypadku pierwszej z nich — dodatkowo zlecenie usunięcia wad przedmiotu umowy w ramach wykonawstwa zastępczego:

2) do wyjaśnienia braku ujawnienia w oświadczeniu JEDZ ww. umów w kontekście przesłanek wykluczenia Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia określonych w art. 109 ust. pkt 8 i Ustawy.”

a)umowa nr GKII.272.205.2016.EZ z Gminą Czernica na budowę Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Dobrzykowicach Etap A - Przedszkole i Etap B – Szkoła:

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 marca 2024 r. wskazał w zakresie zamówienia Czernica:

„Przedmiotem zamówienia była budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w miejscowości Dobrzykowice, obejmująca swoim zakresem budowę szkoły podstawowej i przedszkola oraz zagospodarowanie terenu, w tym budowę placu zabaw i boiska szkolnego. Po wykonaniu przedmiotu zamówienia, zamawiający Gmina Czernica zobowiązana był do prowadzenia konserwacji nawierzchni placu zabaw i boiska, tak aby zachować ich pierwotne parametry oraz nie doprowadzić do pogorszenia stanu użytkowego. Prace w tym zakresie miały być prowadzone przez certyfikowany podmiot w postaci firmy KOREXBUD Sport sp. z o.o., mającej uprawnienia do konserwowania tego rodzaju nawierzchni. Zgodnie bowiem z Oświadczeniem gwarancyjnym nr 14/2018 – Zasady konserwacji nawierzchni poliuretanowej, wymaga się regularnego przeprowadzania kompleksowej konserwacji nawierzchni przez autoryzowane firmy, a w okresie gwarancyjnym przez firmę, która dokonała konserwacji nawierzchni [tj. KOREXBUD Sport sp. z o.o.]. Kompleksowa konserwacja nawierzchni poliuretanowej musi być przeprowadzana regularnie i nie rzadziej niż co 6 miesięcy (pierwsza po zakończeniu zimy, druga na jesień). Konserwacja winna być wykonana przez wykonawcę przy użyciu specjalistycznego sprzętu oraz specjalistycznych środków chemicznych (fungicydy i inne detergenty w zależności od stopnia zabrudzenia nawierzchni) oraz środków do konserwacji gumy, niereaktywnych z poliuretanem.

Dowód: Oświadczenie gwarancyjne nr 14/2018 (Załącznik nr 1 do niniejszych Wyjaśnień).

Powyższe potwierdza również treść Karty Gwarancyjnej wystawionej przez gwaranta firmę KOREXBUD Sport sp. z o.o., w której pkt 10 lit. b jednoznacznie wskazano, że Gwaranta zapewnia wykonanie czynności konserwacyjnych oraz przeglądów wszystkich systemów i urządzeń dla zapewnienia ich optymalnej sprawności i utrzymania w należytym stanie zgodnie z wymogami i zaleceniami określonymi przez producenta (m.in. w dokumentacji technicznej, instrukcjach, kartach gwarancyjnych) lub Inwestora. Wszelkie koszty wynikające z tego tytułu ponosi Inwestor/Podmiot użytkujący przedmiot umowy.

Pomimo takiego obowiązku, zamawiający Gmina Czernica regularnie dokonywał konserwacji przez podmiot nieuprawniony, nie mający w tym zakresie wymaganych uprawnień, co w konsekwencji doprowadziło do degradacji nawierzchni placu zabaw i boiska oraz potrzeby dokonania jej naprawy. Koszty usunięcia powstałych usterek zamawiający chciał przenieść na Wykonawcę twierdząc, że powstałe wady wynikają z nieprawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. W tym celu zamawiający wystosował pismem z dnia 28 listopada 2019 r. wezwanie do usunięcia uszkodzeń nawierzchni placu zabaw i boiska, co ze względu na panujące warunki pogodowe, za zgodą Zamawiającego miało nastąpić do dnia 15 maja 2020 r. W dniu 23 czerwca 2020 r. został przeprowadzony przegląd gwarancyjny obiektu. W jego wyniku, początkowo Wykonawca zaproponował program naprawczy, dokonania punktowych napraw jednakże zwrócił uwagę Zamawiającemu, iż podczas tegoż przeglądu zaobserwowano, iż Zamawiający nie dokonuje podstawowych czynności konserwacyjnych wymaganych deklaracją gwarancyjną wykonawcy nawierzchni (KOREXBUD) i ponownie załączył dokumentację użytkowania w tym zakresie. W konsekwencji braku zapewnienia przez Zamawiającego obsługi serwisowej i konserwacyjnej, zastrzeżonej w okresie gwarancyjnym dla

KOREXBUD Wykonawca ostatecznie nie przystąpił jednak do naprawy gwarancyjnej i od dnia upływu, udzielonego ostatecznie przez Gminę Czernica terminu na jej przeprowadzenie (23 listopada 2022 roku) pomiędzy Gminą Czernica, a Wykonawcą prowadzona była korespondencja, w której Wykonawca systematycznie odmawiał zasadności dokonania przez niego napraw wskazując, że do usterek doszło z winy zamawiającego, z uwagi na nieprzeprowadzenie przez użytkownika przeglądów i konserwacji gwarancyjnych za pośrednictwem mającej do tego wyłączność spółki KOREXBUD Sport sp. z o.o. (Oświadczenie Gwarancyjne nr 14/2018), co było warunkiem prawidłowego eksploataowania tych nawierzchni. Na skutek braku usunięcia usterek przez Wykonawcę, zamawiający Gmina Czernica postanowił naliczyć Wykonawcy kary umowne z tytułu rzekomo wadliwego wykonania nawierzchni boiska w wysokości 520.000,00 zł (nota księgowa nr NK/0009/2023 z dnia 20 marca 2023 r.), a zatem liczonych od dnia 15 maja 2020 r. pomimo udzielonego terminu na usunięcie usterek na dzień 23 listopada 2022 roku. Następnie, w związku ze stanowczym kwestionowaniem ich naliczenia przez Wykonawcę oraz brakiem płatności po stronie Wykonawcy, naliczona przez zamawiającego kara umowna została w zakresie kwoty 514.017,00 zł zaspokojona poprzez zajęcie i wypłatę środków z gwarancji bankowej nr DOK3766GWB16AA stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy w zakresie roszczeń z tytułu rękojmi, natomiast pozostała kwota 5.983,00 zł miała być dochodzona przez zamawiającego od Wykonawcy na drodze sądowej. W tym miejscu należy wskazać, iż na żadnym etapie Zamawiający nie deklarował skorzystania z gwarancji bankowej na poczet naliczonych kar umownych. Przeciwnie zamawiający deklarował, że w przypadku niedokonania naprawy, gwarancja bankowa będzie spożytkowana na poczet szkody wynikającej z zastępczego wykonania robót. Co więcej do dnia dzisiejszego, Gmina Czernica nie wystąpiła z powództwem do Wykonawcy o zapłatę jakiegokolwiek kary umownej, niezależnie od jej wysokości. Natomiast w związku z powstałą wadą nawierzchni placu zabaw i boiska zamawiający Gmina Czernica postanowiła skorzystać z wykonawstwa zastępczego udzielając zlecenia podmiotowi trzeciemu – SOLID-STET sp. z o.o. sp.k. za wynagrodzenie w kwocie 928.042,13 zł (faktura VAT nr 4 03/10/2023 z dnia 29 września 2023 r.), który miał wykonać naprawę zniszczonej nawierzchni boiska. Również te koszty zamawiający Gmina Czernica chciał przenieść na Wykonawcę. Wykonawca systematycznie odmawia jednak zapłaty wymaganej kwoty wskazując, że do powstania usterek nawierzchni placu zabaw i boiska doszło z winy zamawiającego, z przyczyn całkowicie niezależnych od Wykonawcy. Ponadto, Wykonawca argumentuje z pełnym przekonaniem, że to po stronie zamawiającego leży obowiązek wykazania, że naprawa nie zmierzała do zastąpienia zaakceptowanej przez zamawiającego i odebranej, ostatecznej technologii wykonania nawierzchni innymi parametrami użytkowymi, w oparciu o inną technologię wykonania nawierzchni, kosztem Wykonawcy. W związku ze stanowiskiem Wykonawcy, zamawiający Gmina Czernica wystąpił do Sądu Okręgowego we Wrocławiu z powództwem o zapłatę odszkodowania w wysokości kwoty poniesionej w ramach wykonawstwa zastępczego. W dniu 14 lutego 2024 r. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w sprawie o sygn. akt X GNc 116/24 wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, którym nakazał Wykonawcy zapłatę dochodzonego przez Gminę Czernica roszczenia. Od wydanego nakazu zapłaty Wykonawca wniósł jednak skuteczny sprzeciw, kwestionując roszczenia zamawiającego oraz wskazując na jego winę w powstałych uszkodzeniach nawierzchni. Z okoliczności naliczenia przez zamawiającego kar umownych bezspornie wynika, że Wykonawca zasadnie kwestionował podstawę ich naliczenia wskazując, że do powstania wad nawierzchni boiska doprowadził sam zamawiający, który dokonywał nieprawidłowej konserwacji przedmiotu zamówienia z pominięciem podmiotu certyfikowanego, co było warunkiem prawidłowego eksploataowania tych nawierzchni. Wykonawca na podstawie tych samych okoliczności zasadnie nie uznaje także obciążania go w tym zakresie kosztami wykonawstwa zastępczego. W związku z tym, konsekwentnie sprzeciwia się obciążania go jakimikolwiek karami umownymi czy kosztami wykonawstwa zastępczego, a także pozostaje z zamawiającym Gminą Czernica w sporze sądowym przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu. Na uwagę zasługuje również okoliczność, iż samo naliczenie kar umownych nastąpiło za okres blisko dwa i pół roku dłuższy, niż wynikało to z udzielonego przez Zamawiającego terminu, zaś Zamawiający dochodzi kosztów wykonawstwa zastępczego nieudokumentowanego żadnym planem naprawczym, przez co wartość wskazanego roszczenia jest całkowicie nieweryfikowalna, tym bardziej że blisko dwukrotnie odbiega, od kosztorysu inwestorskiego sporządzonego przez Zamawiającego.”.

Izba ustaliła również, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 10 maja 2024r. skierowane do Gminy Czernica dotyczące realizacji ww. zamówienia przez Przystępującego Gmina ta wskazała: „Gmina Czernica naliczyła kary umowne dla Balzola S.A. z tytułu zwłoki w realizacji napraw gwarancyjnych wad i usterek powstałych w nawierzchniach z tworzyw sztucznych boisk i placach zabaw w kwocie 520.000 zł. Powyższa kara obejmuje okres pomiędzy zadeklarowanym przez Spółkę terminem realizacji napraw 15.05.2020 r., a dniem wystawienia noty księgowej 20.03.2023 r. Z uwagi na nieprzeprowadzenie ww. napraw Gmina Czernica, w oparciu o zapisy zawarte w zleconej ekspertyzie technicznej przedmiotowych nawierzchni z grudnia 2023 r. powierzyła ich realizację Wykonawcy zastępczemu. W konsekwencji Gmina Czernica naliczyła kolejną karę umowną w wysokości kwoty zamówienia wykonania zastępczego tj. 928.042,12 zł. Kary umowne wynikają z § 10 ust. 1 pkt. 3 (zwłoka w naprawach) oraz § 13 ust. 4 (wykonanie zastępcze) umowy z Wykonawcą. Z uwagi na powierzenie napraw Wykonawcy zastępczemu, Gmina

Czernica poniosła szkodę, w związku z którą w dniu 14.02.2024 r., Sąd Okręgowy we Wrocławiu wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym”.

b)umowa nr DO/464/17 z Tramwaje Śląskie S.A na wykonanie zadania pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86” - zadanie nr 3:

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 marca 2024 r. w zakresie Umowy z Tramwajami Śląskimi wskazał:

„Przedmiotem tego zamówienia było wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę i modernizację infrastruktury torowo-sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86 (zadanie nr 3) w ramach realizacji projektu pn.: „Zintegrowany projekt modernizacji i rozwoju infrastruktury tramwajowej w Aglomeracji Śląsko-Zagłębiowskiej wraz z zakupem taboru tramwajowego – etap I”.

W trakcie realizacji zamówienia i po wyborze podwykonawcy robót branży torowej oraz dostawcy materiału, w dniu 7 lutego 2018 r. kierownik budowy p. S.K. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o zatwierdzenie materiałów i urządzeń, w tym m.in. masy zalewowej Edilon Corkelast TO, której producentem była firma Tines S.A. Wraz z wnioskiem przedstawiona została Aprobata Techniczna IBDiM nr AT/2008-03-1539/3 dot. zestawu materiałów Edilon Corkelast do systemów sprężystego mocowania szyn, w skład którego wchodziła m.in. masa zalewowa Edilon Corkelast TO (aprobata została wydana w dniu 18 grudnia 2008 r. i traciła ważność 18 grudnia 2018 r.) („Aprobata Techniczna”). Ponadto, załączono do wniosku deklarację zgodności nr x/E/CL/TO/2018 („Deklaracja Zgodności”), wedle której p. C.L., Dyrektor Techniczny Tines S.A. zadeklarował, że masa Edilon Corkelast TO jest zgodna ze specyfikacją techniczną wynikającą z Aprobaty. Na podstawie tych dokumentów zaproponowany materiał budowlany został zatwierdzony przez Inżyniera Kontraktu. W toku wykonywania robót sporządzono karty kontrolne, potwierdzające wykorzystanie masy zalewowej w wykonanych przez podwykonawcę firmę STI robotach, a także warunki atmosferyczne, w jakich dokonywano zalania kanałów szynowych masą zalewową. W kartach wskazywano również, po uprzednich badaniach, twardość masy zalewowej według skali twardości Shore’a po 30 dniach, zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych („STWiORB”). 7 Całość robót została zakończona z dniem 28 lutego 2019 r., co zostało potwierdzone protokołem odbioru końcowego i przekazania do użytkowania. W Protokole Odbioru Końcowego w sekcji dotyczącej ustaleń i wyników, w poz. 8.2 „wyniki sprawdzenia zgodności z dokumentacją techniczną” wskazano: „Zgodnie z zatwierdzeniem Inżyniera Kontraktu”, zaś w poz. 8.3 „ocena jakości z ewentualnym określeniem wad i usterek wskazano: „Brak wad i usterek uniemożliwiających dokonanie odbioru”. Od tego dnia do dnia 28 lutego 2029 r. rozpoczął się dziesięcioletni okres gwarancji jakości i rękojmi za wady. W trakcie okresu gwarancyjnego zamawiający Tramwaje Śląskie S.A. powziął wiedzę o wystąpieniu wady przedmiotu zamówienia polegającej na rzekomej niezgodności zastosowanej przez Konsorcjum masy zalewowej z wymogami umownymi określonymi w STWiORB SST-D „Budowa zintegrowanej nawierzchni torowo-drogowej”) i Dokumentam powykonawczymi.

Na tej podstawie, zamawiający w dniu 1 września 2020 r. zawiadomił Konsorcjum o wadzie z powołaniem się na ekspertyzę przygotowaną przez Politechnikę Śląską, Wydział Transportu i Inżynierii Lotniczej Politechniki Śląskiej, Katedra Transportu Kolejowego z dnia 18 sierpnia 2020 r. (nr NB-155/RT6/2020, NB-12/060/NB_20/0063-01) i jednocześnie wezwał do usunięcia wady na całej długości torowiska tramwajowego. Konsorcjum pismem z dnia 7 września 2020 r. nie zgodziło się z wnioskami zawartymi w ekspertyzie zamawiającego z uwagi na szereg uchybień i nieścisłości, oraz postanowiło zweryfikować ich poprawność podejmując na własną rękę działania wyjaśniające odnośnie zgłoszonej wady.

Ostatecznie Konsorcjum odpowiedziało na wezwanie pismem z dnia 20 listopada 2020 r., w którym odmówiło uznania zgłoszonych reklamacji i usunięcia wady. Decyzja ta została uzasadniona błędnymi wynikami ekspertyz zleconych przez zamawiającego i w związku z tym Konsorcjum samodzielnie zleciło przygotowanie ekspertyzy od Wydziału Inżynierii Produkcji i Technologii Materiałów Politechniki Częstochowskiej, które opracowało: Sprawozdanie z Badań pn. „Analiza twardości oraz składu chemicznego otrzymanej próbek masy zalewowej” oraz Sprawozdanie z Badań pn. „Ocena dostarczonych próbek masy zalewowej poliuretanowej”. Konsorcjum powołało się ponadto, na dokument – Opinia techniczna ws. twardości w skali Shore’a A materiału Edilon Corkelast TO. Z wszystkich powyższych dokumentów wynikało, że zastosowana przez Konsorcjum masa zalewowa jest należytej jakości, posiada niezbędne cechy i spełnia wymagania określone w STWiORB oraz Aprobacie Technicznej, która stanowiła podstawę zatwierdzenia materiału przez zamawiającego. Ze stanowiskiem Konsorcjum oraz przedłożonymi ekspertyzami nie zgodził się jednak zamawiający, który konsekwentnie optował za obciążeniem wykonawców odpowiedzialnością za wadliwość przedmiotu zamówienia. Konsorcjum uznało jednak wezwań zamawiającego uważając, że zastosowana masa zalewowa jest zgodna z wymogami technicznymi zamawiającego, co potwierdzać miały pozyskane opinie.

W związku z postawą zamawiającego oraz dążąc do jeszcze dokładniejszego zbadania sprawy, Konsorcjum zleciło

również analizę starzeniową i próby zmęczeniowe, w których próbki materiałów masy zalewowej poddane miały zostać działaniu czynników zewnętrznych. Ekspertyzę otrzymaną od Katedry Metalurgii i Technologii Metali Politechniki Częstochowskiej Konsorcjum przekazało zamawiającemu w dniu 24 listopada 2021 r. Wynikało z niej, że wszystkie materiały, niezależnie od producenta, z upływem czasu (do 5 lat) tracą swoje pierwotne właściwości uzyskane po okresie 30 dni. Żaden z nich nie utrzymuje wszystkich żądanych parametrów wraz z upływem czasu. Niedyskwalifikuje to jednak żadnej z mas zalewowych jako produktu do wykorzystania dla wytłumienia drgań w wyłożeniach kanałów szynowych płyt torowych. Na tej podstawie Konsorcjum nie dostrzegło podstaw do uznania złożonej przez zamawiającego reklamacji, a co za tym idzie wymiany masy zalewowej na całej długości torowiska. Zastrzeżono jednak, że będzie prowadzona obserwacja zachowania układu torowego wraz z upływem czasu i w przypadku pojawienia się jakichkolwiek nieprawidłowości zostaną podjęte wszelkie konieczne działania.

W związku z odmową uwzględnienia zgłoszonej reklamacji i usunięcia wady gwarancyjnej, zamawiający przedłożył protokół stwierdzenia wady gwarancyjnej z dnia 20 grudnia 2021 r. i wezwał do usunięcia wady w terminie do 14 stycznia 2022 r. W odpowiedzi Konsorcjum po raz kolejny wskazało, że w świetle wszystkich posiadanych dokumentów, a w szczególności Aprobaty Technicznej, Deklaracji Zgodności oraz wykonanych badań i ekspertyz, masa zalewowa zabudowana w torowisku spełnia wszystkie wymagania opisane w SIWZ oraz STWiORB, zatem brak jest podstaw do jej wymiany. Równocześnie Konsorcjum zaproponowało zorganizowanie spotkania celem omówienia spornej sprawy.

W dniu 25 stycznia 2022 r. w siedzibie zamawiającego Tramwaje Śląskie S.A. odbyło się spotkanie stron w celu omówienia roszczenia zamawiającego o usunięcie wady, podczas którego zaproponowano powołanie biegłego z zakresu inżynierii materiału w celu zbadania masy zalewowej, jednak Konsorcjum nie zgodziło się na to wskazując, że pobranie próbki masy zalewowej zabudowanej w torowisku nie jest możliwe, gdyż wpłynie na jego parametry techniczne. W celu jednak zakończenia sporu Konsorcjum zaproponowało zamiast usunięcia rzekomej wady wydłużenie okresu gwarancji jakości w zakresie robót dotyczących sprężystego mocowania szyn – mas zalewowych o dodatkowe 36 miesięcy, na co jednak zamawiający nie wyraził zgody. Następnie zamawiający Tramwaje Śląskie S.A. pismem z dnia 18 sierpnia 2022 r. poinformował o naliczeniu Konsorcjum kary umownej z tytułu opóźnienia w usunięciu wady gwarancyjnej w wysokości 1.981.376,14 zł (nota księgowa nr 3/JRP-B/2022 z dnia 17 sierpnia 2022 r.). Konsorcjum nie uznawszy roszczeń zamawiającego pismem z dnia 30 sierpnia 2022 r. zakwestionowało zasadność naliczenia kary umownej z uwagi na brak istnienia wady i odesłało otrzymaną notę księgową. Ostatecznie zamawiający Tramwaje Śląskie S.A. w dniu 28 listopada 2022 r. wytoczył przeciwko Konsorcjum pozew o zapłatę – wydanie nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym w kwocie 1.981.376,14 zł przed Sądem Okręgowym w Katowicach (sygn. akt XIII GC 67/23). Aktualnie trwa postępowanie sądowe w przedmiotowej sprawie, w ramach którego Konsorcjum konsekwentnie podtrzymuje stanowisko co do braku zasadności naliczenia ww. kar umownych przez zamawiającego. Wykonawcy nie przyczynili się bowiem do powstania wad przedmiotu zamówienia, a wykorzystany przez nich materiał budowlany, który miał rzekomo doprowadzić do powstania nieprawidłowości, był zgodny z wymogami technicznymi zamawiającego”.

Izba ustaliła również, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 10 maja 2024r. skierowane do spółki Tramwaje Śląskie zamawiający ten wskazał:

„1) Spółka Tramwaje Śląskie S.A. (dalej jako Spółka) naliczyła wykonawcy Umowy tj. konsorcjum firm: spółce NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie, spółce Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i spółce Construcciones Y Promociones Balzola, Sociedad Anonima (En Liquidacion) z siedzibą w Bilbao (Hiszpania) (dalej łącznie jako „Wykonawca”) karę umowną w wysokości 1.981.376,14 zł na podstawie jej § 13 ust.1 lit. d), z tytułu opóźnienia Wykonawcy w usunięciu wady ujawnionej w okresie gwarancji (niewłaściwa jakość masy zalewowej) – zgłoszenie reklamacyjne z dnia 1 września 2020 r. Naliczenie kary umownej stwierdzone zostało notą księgową nr 3/JRP-B/2022 z dnia 17 sierpnia 2022 r. Nieusunięcie przez Wykonawcę wady gwarancyjnej Spółka kwalifikuje jako istotne i długotrwałe nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z Umowy, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie Wykonawca. W ocenie Spółki Wykonawca zastosował nie tylko niezgodną z Umową masę zalewową, ale również inną niż wskazaną przez niego w dokumentacji powykonawczej.

2) Kara umowna, stwierdzona notą księgową nr 3/JRP-B/2022 z dnia 17 sierpnia 2022r., dotyczy istotnej części zobowiązania umownego Wykonawcy – odpowiedzialności z tytułu udzielonej gwarancji. TRAMWAJE ŚLĄSKIE SPÓŁKA AKCYJNA 41-506 Chorzów, ul. Inwalidzka 5, tel.: 32 246 60 61, fax: 32 251 00 96 www.tram-silesia.pl NIP: 634-01-25-637, KRS 0000145278, Sąd Rejonowy Katowice-Wschód w Katowicach, VIII Wydział Gospodarczy, kapitał zakładowy 149.885.310 zł. pokryty w całości.

3) Nieusunięcie wady gwarancyjnej przez Wykonawcę nastąpiło z przyczyn dotyczących wyłącznie Wykonawcy.

4) Na dzień udzielania odpowiedzi Spółka naliczyła Wykonawcy karę umowną w wysokości 1.981.376,14 zł na podstawie jej § 13 ust.1 lit. d) z tytułu opóźnienia Wykonawcy w usunięciu wady ujawnionej w okresie gwarancji (niewłaściwa jakość masy zalewowej) za okres od dnia 15 stycznia 2022 r. do dnia 15 lutego 2022 r. Spółka nie naliczyła obecnie Wykonawcy ww. kary umownej za dalszy okres opóźnienia.

5) W związku z zakwestionowaniem przez Wykonawcę naliczenia kary umownej Spółka wystąpiła przeciwko niemu z powództwem o zapłatę. Postępowanie w tej sprawie prowadzone jest przed Sądem Okręgowym w Katowicach, Wydział XIII Gospodarczy pod sygn. akt XIII GC 67/23 i nie zastało zakończone. Spółka wystąpiła również przeciwko Wykonawcy z powództwem o nakazanie jej usunięcia. Postępowanie w tej sprawie prowadzone jest przed Sądem Okręgowym w Katowicach, Wydział XIII Gospodarczy pod sygn. akt XIII GC 17/24 i nie zastało zakończone. Spółka nie jest obecnie w stanie oszacować szkody powstałej na skutek opóźnienia Wykonawcy w usunięciu wady gwarancyjnej. Będzie to możliwe po wymianie masy zalewowej na zgodną z SIWZ.

6) Spółka nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić czy ww. nienależyte wykonanie Umowy wynika wyłącznie z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta – Balzola Polska Sp. z o.o. czy również innych członków konsorcjum. Zgodnie z umową konsorcjum jego członkowie ustalili pomiędzy sobą udział w realizacji Umowy na 50% - NDI Sopot S.A. i 50% - łącznie Balzola Polska Sp. z o.o. i Construcciones Y Promociones Balzola, Sociedad Anonima (En Liquidacion)."

c)umowa nr 2/ZP/2018 z dnia 18.10.2018 r. z Gminą Miejską Mielec na wykonanie zadania pn. „Budowa hali sportowej na terenie MOSiR przy ul. Solskiego 1 w Mielcu”

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 marca 2024 r. w zakresie umowy z Gminą Miejską Mielec wskazał:

„Wykonawca jako członek konsorcjum w składzie Mosty Łódź S.A, Balzola Polska sp. z o.o. oraz Construcciones y promociones Balzola S.A. (En Liquidacion) (łącznie „Konsorcjum”) w dniu 18 października 2018 r. nr 2/ZP/2018 zawarł umowę z Gminą Miejską Mielec w ramach zamówienia pn. „Budowa hali sportowej na terenie MOSiR przy ul. Solskiego 1 w Mielcu”, nr referencyjny GR/2448/2023. W ramach realizacji przedmiotu zamówienia Gmina Miejska Mielec naliczyła względem Wykonawcy kary umowne tytułem opóźnienia w realizacji robót budowlanych w wysokości 9.960.000,08 zł. Pismem z dnia 19 października 2023 r. zamawiający Gmina Miejska Mielec poinformował o potrąceniu części wartości kar umownych z zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5.069.712,18 zł za okres niecałych 254 dni, tj. za okres od 25 stycznia 2022 r. do dnia 6 października 2022 r. (zdaniem zamawiającego do zapłaty w dalszym ciągu pozostaje kwota 4.890.287,90 zł). Fakt naliczenia przez zamawiającego powyższych kar umownych jest zakwestionowany przez Konsorcjum, które podkreślało ich bezskuteczność i bezpodstawność. Po pierwsze, Konsorcjum pismem z dnia 7 listopada 2023 r. wskazało, że przedmiotowe kary umowne zostały naliczone na podstawie § 14 ust. 1 lit. a ww. umowy, które to postanowienie choć referuje do obciążania wykonawców odpowiedzialnością za opóźnienie, to jednak nie spełnia wymogów takiej odpowiedzialności z art. 473 Kodeksu cywilnego. Postanowienie to nie przewiduje bowiem wyraźnego wskazania okoliczności, od których wystąpienia uzależniona była odpowiedzialność wykonawcy za jego opóźnienie. W rezultacie Konsorcjum uznaje § 14 ust. 1 lit. a ww. umowy za bezskuteczny, a naliczone kary umowne za nienależne. Wykonawca nie może bowiem odpowiadać za niedotrzymanie terminu, jeżeli jest to skutkiem okoliczności leżących po stronie samego zamawiającego czy wynikiem działań podmiotów trzecich. 12 W związku z tym, możliwe byłoby ponoszenie przez Konsorcjum odpowiedzialności wyłącznie za okoliczności, za które ono odpowiada i które powstałyby z jego winy. W toku realizacji ww. umowy wystąpiły natomiast okoliczności niezależne od wykonawców, które opóźniły proces inwestycyjny. Do okoliczności tych, wielokrotnie powoływanych w pismach przez Konsorcjum, należy w szczególności: 1) opóźnienie w prowadzeniu robót z powodu epidemii COVID-19 (okoliczność stanowiąca ryzyko zamawiającego) – Konsorcjum zawiadomiło o tym już 23 marca 2020 r. i wielokrotnie przekazywało zamawiającemu aktualizację wpływu tej okoliczności na realizację ww. umowy; 2) nadzwyczaj niekorzystne warunki atmosferyczne w styczniu, lutym, kwietniu, czerwcu i sierpniu 2021 r. (okoliczność stanowiąca ryzyko zamawiającego zgodnie z § 17 ust. 1 lit. a ww. umowy) – poczynawszy od 19 stycznia 2021 r. Konsorcjum sukcesywnie informowało o przeszkodach w realizacji inwestycji w związku z tymi okolicznościami; 3) zmiana ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne powodujące wydłużenie procedury wystąpienia o pozwolenie na użytkowanie inwestycji (okoliczność niezależna od stron) – Konsorcjum poinformowało o tym zamawiającego już 7 kwietnia 2022 r.; 4) wykonanie robót dodatkowych, tj. posadowienia pośrednio inwestycji oraz dodatkowego parkingu (okoliczność stanowiąca ryzyko zamawiającego) - poczynawszy od 22 maja 2019 r. Konsorcjum sukcesywnie informowało o przeszkodach w realizacji inwestycji w związku z tymi okolicznościami; 5) zwłoka Inżyniera w podpisaniu dokumentów niezbędnych do złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie inwestycji (okoliczność stanowiąca ryzyko zamawiającego) – Konsorcjum informowało o tej przeszkodzie 29 lipca 2022 r. Niezależnie od powyższego, Konsorcjum zwróciło uwagę zamawiającemu, że nie może ponosić odpowiedzialności za zwłokę za okres od dnia zawiadomienia o gotowości do odbioru końcowego, tj. 4 października 2022 r. Jak bowiem wynika z § 10 ust. 28 ww. umowy od dnia zawiadomienia zamawiającego o gotowości do odbioru końcowego inwestycji, Wykonawca nie pozostaje w zwłoce z wykonaniem swojego zobowiązania umownego, jeżeli w wyniku tego zgłoszenia odbiór końcowy zostanie dokonany. Jednostronny odbiór końcowy inwestycji odbył się natomiast skutecznie dnia 9 grudnia 2022 r., a zatem Konsorcjum nie mogło być w zwłoce po 4 października 2022 r. Konsorcjum zwróciło również uwagę zamawiającemu, że kary umowne są nie tylko bezpodstawne, ale rażąco wygórowane biorąc pod uwagę fakt braku jakiegokolwiek szkody po stronie zamawiającego oraz

biorąc pod uwagę działania zamawiającego, które wpłynęły na powstanie opóźnień. Ponadto, naliczenie kar umownych było również sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, ponieważ zamawiający wielokrotnie odmawiał współpracy z Konsorcjum, co przejawiało się w szczególności:

- 1) w zwłoce w zatwierdzaniu dokumentacji projektowej posadowienia hali;
- 2) odmowie zawarcia aneksu na roboty dodatkowe;
- 3) odmowie zawarcia aneksu przedłużającego termin realizacji umowy z przyczyn, za które odpowiada zamawiający oraz z przyczyn niezależnych od Wykonawcy;
- 4) odmowie podpisania dokumentów niezbędnych do złożenia wniosku o pozwolenie na użytkowanie inwestycji;
- 5) odmowie przystąpienia do odbioru końcowego inwestycji.

Konsorcjum znajduje się obecnie w sporze sądowym z zamawiającym, któremu Konsorcjum wytoczyło w dniu 30 grudnia 2022 r. powództwo przed Sądem Okręgowym w Rzeszowie w zakresie zapłaty należnej części wynagrodzenia oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy (sygn. akt VI GC 12/23), wobec czego immanentnym elementem rozstrzygnięcia sądowego będzie również ocena zasadności naliczenia przez zamawiającego przedmiotowych kar umownych. Wykonawca uznaje je za bezpodstawne i bezskuteczne, ponieważ zostały one naliczone w związku ze zwłoką, do której doprowadziły okoliczności niezależne od Wykonawcy. Ponadto, zostały one częściowo naliczone za okres przypadający już po zgłoszeniu przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego, a ich wysokość jest zdaniem Wykonawcy rażąco wygórowana.”

Izba ustaliła również, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 10 maja 2024r. skierowane do Gminy Miejskiej Mielec dotyczące realizacji ww. zamówienia przez Przystępującego Gmina ta wskazała:

„Balzola Polska sp. z o.o. była jednym z uczestników konsorcjum wykonujących na rzecz Gminy Miejskiej Mielec Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Mielcu inwestycje pod nazwą „Zaprojektowanie i Budowa hali sportowej na terenie MOSiR przy ul. Solskiego 1 w Mielcu”. Realizacja robót odbyła się na podstawie umowy o roboty budowlane nr 2/ZP/2018 z dnia 18 października 2018 r. Umowa została zmieniona 8 aneksami, przy czym ostatni z aneksów określał termin wykonania zamówienia na dzień 24 stycznia 2022 r. Roboty zostały odebrane w dniu 30 czerwca 2023 r. przy czym obiekt osiągnął stan gotowości do odbioru na dzień 16 czerwca 2023 r. W załączeniu przekazuje skan rzeczzonej umowy. Odpowiadając na pytania przedstawiam następujący stan rzeczy:

Ad. 1 Umowa została wykonana, co potwierdza odbiór obiektu. Wykonawca w ocenie Zamawiającego rzeczywiście popadł w zwłokę, przy czym wyliczając wymiar kar umownych wzięto pod uwagę np. uznane przez Inżyniera Kontraktu dni opóźnienia związane z warunkami pogodowymi. Przyczyny zwłoki są zawiłe i złożone i w znacznym stopniu wynikają z zaniechań Wykonawcy na początkowym etapie realizacji umowy związanych z technologią posadowienia obiektu. Poza kwestią kar umownych związanych z nieterminową realizacją zamówienia, Zamawiającemu przysługuje cały katalog innych roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem umowy. Wykonawca w naszej ocenie w sposób nienależyty wykonywał umowę ponieważ nie wykonał całego zakresu robót na skutek czego Zamawiający zmuszony był do wykonania zastępczego, do dnia dzisiejszego nie wykazał, że rozliczył się prawidłowo z podwykonawcami, a to podwykonawcy wykonali niemalże całość zamówienia. Zamawiający zmuszony był uwzględnić wnioski części podwykonawców żądających bezpośredniej zapłaty od Zamawiającego wypłacił na ich rzecz kwotę 1.505.650,20 zł. Z tego tytułu też została naliczona kara umowna w kwocie 16.890.683,40 zł.

Dodać należy, że w ocenie Zamawiającej, Wykonawca bezpodstawnie uruchomił jeszcze przed odbiorem inwestycji, gwarancję bankową zapłaty wynagrodzenia wykonawcy robót dodatkowych (art. 6491 k.c.) pobierając z niej kwotę płatności końcowej w wysokości 14.075.569,48 zł. Zamawiającemu przysługuje cały katalog kar umownych i roszczeń, które obecnie są na etapie wyliczania i będą dochodzone na drodze sądowej (ich wysokość przekracza kwotę 30 mln zł). Z uwagi na wielość roszczeń Zamawiającego ich złożoność i zawłość Zamawiający napotyka trudności w całościowej analizie przyczyn każdego roszczenia związanego z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez Wykonawcę, a w szczególności przyczyn, które leżałyby poza wpływem Wykonawcy.

Ad. 2 Jeżeli kryterium oceny miałyby być wysokość wynagrodzenia Wykonawcy przewidzianego umową (140.755.694,67 zł) to w ocenie Zamawiającego wymiar kar umownych i innych roszczeń wydaje się dotyczyć istotnej części zamówienia.

Ad. 3 Zamawiający potwierdza, iż obecnie toczy się sprawa z powództwa dwóch konsorcjantów Mosty Łódź SA i Balzola Polska (Construcciones y Promociones Balzola jest w upadłości likwidacyjnej), w toku której Wykonawca dochodzi kilku rodzajów roszczeń od Zamawiającego. W toku tego postępowania Zamawiający podniósł zarzut potrącenia m.in. kar umownych związanych z nieterminową realizacją całości zamówienia. Na skutek powyższego w toku tego procesu będą analizowane przyczyny opóźnienia przez Sąd badający sprawę. Zamawiający stoi na stanowisku, że przyczyna opóźnienia były nawarstwiające i pozostawały po stronie Wykonawcy, z takim stanowiskiem nie zgadza się Wykonawca wskazując na problem organizacyjny związane m.in. z przebiegiem epidemii czy zmiany w prawie geodezyjnym. Zamawiający zaś wskazuje, iż w jego ocenie wpływ na termin realizacji zamówienia miały m.in. zdarzenia zaistniałe przed wybuchem epidemii, a leżące po stronie Wykonawcy związane z technologią posadowienia obiektu.

Ad. 4 Odpowiadając na postawione pytanie ograniczam wyjaśnienia jedynie do kwestii roszczeń Zamawiającego związanych z karami umownymi za nieterminowe wykonanie umowy. Termin realizacji Zamówienia ustalony ostatecznie aneksem nr 8 na dzień 24 stycznia 2022 r. nie został dochowany przez Wykonawcę. Na ten dzień roboty były w toku. Zgodnie z raportem samego Wykonawcy na dzień 31 stycznia 2022 r. prace były zaawansowane w zależności od rodzaju robót od 78-82 %. W dniu 18 lipca 2022 r. kierownik budowy z ramienia Wykonawcy dokonała wpisu do dziennika budowy o zakończeniu wykonania robót budowlanych zgodnie z pozwoleniem na budowę. Na ten dzień nie przeprowadzono wszystkich wymaganych zgodnie z umową prób końcowych, sprawdzeń, rozruchów (S 10 ust. 19 Umowy). W ślad za tym Zamawiający przyjął, że obiekt nie był gotowy do odbioru. W dniu 21 lipca 2022 r.

Wykonawca w imieniu Zamawiającego, ale bez konsultacji z nim czy z inżynierem Kontraktu złożył wniosek do Powiatowego Nadzoru Budowlanego w Mielcu o wydanie decyzji o pozwolenie na użytkowanie. Wniosek ten jednak obarczony był brakami i wadami w związku z powyższym Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w Mielcu w dniu 16 sierpnia 2022 r. wydał decyzję odmawiającą udzielenia pozwolenia na użytkowanie. Wykonawca ponownie w dniu 12 września 2022 r. złożył wniosek w imieniu Zamawiającej o udzielenie pozwolenia na użytkowanie. W trakcie postępowania PINB przeprowadził obowiązkową kontrolę w dniach 22 września 2022 r. - 29 września 2022 r. Organ w dniu 4 października 2022 r. wydał decyzję udzielającą pozwolenia na użytkowanie obiektu. Na podstawie tej decyzji Wykonawca wiadomością e-mail, zgłosił gotowość do odbioru końcowego. W dniu zaś 5 października 2022r. Wykonawca złożył na dzienniku podawczym Zamawiającego jeden zestaw segregatorów opisanych jako operat kolaudacyjny. Zamawiający odrzucił na podstawie stanowiska IK gotowość obiektu do odbioru. Pismami z dnia 3 października 2022 r. oraz z 14 października 2022 r. Inżynier Kontraktu (dalej: IK) wezwał Wykonawcę do przeprowadzenia prób eksploatacyjnych i końcowych (S 10 ust. 19 umowy) oraz do przekazania dokumentacji powykonawczej w szczególności w zakresie instalacji elektrycznej. Próby końcowe miały w szczególności dotyczyć instalacji elektrycznej i miały uwzględniać pełne obciążenie obiektu. Ponadto IK wnosił o dostawę, rozruch i przeprowadzenie próby końcowej systemu pomiaru czasu pływaka, prób elektroakustycznych hali widowiskowo - sportowej, pomiarów kontrolnych podłogi sportowej. W dniu 5 października 2022 r. przeprowadzono próby końcowe instalacji elektrycznej przy częściowym obciążeniu sieci. Dalsze próby instalacji elektrycznej pod zwiększonym obciążeniem zostały przeprowadzone w dniu 13 października i 21 października 2022 r. Nadto wezwano Wykonawcę do przedstawienia wykazu wszystkich podwykonawców wraz z ich rozliczeniem (niemalże wszystkie prace na budowie były realizowane nie siłami własnymi Wykonawcy tylko za pośrednictwem podwykonawców). W listopadzie 2022 r. wykonano próbę końcową instalacji elektrycznej pod pełnym obciążeniem oraz próby końcowe weryfikujące akustykę obiektu. Wyniki tak jednej jak i drugiej próby okazały się negatywne. Ponadto Wykonawca przedłożył niepełny co do zakresu i ilości sztuk operat kolaudacyjny nieprzedstawiający rozliczenia Podwykonawców, oraz nie dostarczył systemu pomiaru czasu pływaka. Pomimo stwierdzenia przez IK i Zamawiającego wadliwego doboru wyłączników mocy na rozdzielni elektrycznej RG i RGI, braku nastaw zabezpieczeń prądowych (przeciążeniowych, zwarciovych i np. ziemnozwarciowych) zgodnie z tabelą nastaw, która powinna być opracowana i wydana przez projektanta, braku pozytywnych wyników prób akustycznych dla wybranych pomieszczeń obiektu w zakresie czasu pogłosu, oraz innych pomniejszych, a istotnych wad Wykonawca w dniu 9 grudnia przystąpił do jednostronnego odbioru obiektu. W czynnościach tych nie brał udziału IK ani Zamawiający, którzy już wcześniej przeprowadzili przegląd robót i uznali, że obiekt nie nadaje się do odbioru.

W dniu zaś 13 grudnia 2022 r. Zamawiający zwołał zespół składający się z przedstawicieli IK zajmującego się branżą elektryczną obiektu, który to zespół jednoznacznie wykluczył możliwość bezpiecznej eksploatacji sieci elektrycznej. Wykonawca na podstawie jednostronnego protokołu odbioru uznał, obiekt za prawidłowo wykonany zgodnie z zawartą umową i na tej podstawie w dniu 14 grudnia 2022 r. wystawił fakturę VAT nr 08/12/2/ZP/201 8/Mielec z dnia 14 grudnia 2022 r. na kwotę brutto 14.075.569,48 zł. Faktura dokumentowała płatność końcową w wysokości 10 % wartości kontraktu po zmianach wprowadzonych aneksem. Zamawiający zwrócił Wykonawcy fakturę za pismem z dnia 28 grudnia 2022 r. bez księgowania, a pismem z dnia 13 grudnia 2022 r. nałożył na Wykonawcę kary umowne za opóźnianie w realizacji kontraktu w kwocie 6.704.000,00 zł, czyli za okres od umownego dnia na realizację kontraktu do dnia 13 grudnia 2022 r. Wykonawca 26 stycznia 2023 r. przedłożył opracowanie projektowe przedstawiające niezbędne z punktu eksploatacyjnego wyliczenia dla stacji TRAFO wraz z nastawami wyłączników w rozdzielniach głównych nN, a w dniu 30 stycznia 2023 r. opracowanie projektowe w zakresie adaptacji akustycznej pomieszczeń Hali Basenowej, Hali Treningowej i Sali Rozgrzewkowej. Opracowania te wpisywały się w plan naprawczy w zakresie instalacji elektrycznej i akustyki. Wykonawca w dniu 20 lutego 2023 r. bez wiedzy i zgody Zamawiającego zdeponował w jednym z pomieszczeń na obiekcie 255 segregatorów składających się na uzupełnienie opracowania kolaudacyjnego. Pismem z dnia 23 stycznia 2023 r. Wykonawca poinformował Zamawiającego, iż względem 68 podwykonawców wydał Zamawiającemu polecenie przekazu na łączną kwotę 5.789.072,86 zł. Wykonawca twierdził, iż Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty kwoty z faktury nr 08/12/2/ZP/201 8/Mielec z dnia 14 grudnia 2022 r., a skoro tak to zażyczył sobie aby kwota z tej faktury w

wysokości 5.789.072,86 zł została bezpośrednio przelana na rzecz podwykonawców i na tą okoliczność przedłożył zestawienie płatności na rzecz poszczególnych podwykonawców. Zamawiający w odpowiedzi na polecenia przekazu wyjaśnił Wykonawcy, iż po pierwsze Wykonawca nie ma prawa do płatności końcowej dlatego nie może rozdysponować kwotą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, po drugie w umowie przewidziano tylko jeden sposób zapłaty tj. przelew na wskazany w umowie rachunek bankowy, po trzecie do odbioru końcowego umowa zobowiązywała Wykonawcę do przedłożenia potwierdzenia zapłaty i rozliczenia końcowego podwykonawców pod rygorem wstrzymania wymagalności wynagrodzenia Wykonawcy w części w jakiej nie rozliczył on podwykonawców. Argumenty te jednak nie przekonały Wykonawcy, a podwykonawcy zaczęli podejmować czynności windykacyjne względem Zamawiającego. Stojąc zatem przed obliczem prowadzenia licznych sporów sądowych z Podwykonawcami, którzy uprawnieni byli aby domagać się od Zamawiającego bezpośredniej zapłaty na podstawie art. 647 1 k.c. (solidarna odpowiedzialność Zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców) dokonał w okresie od 19 kwietnia 2023 r. do 24 kwietnia 2023 r. bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz 12 podwykonawców na łączną kwotę 1.505.650,20 zł. Zamawiający w związku z dokonaniem bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców naliczył Wykonawcy karę umowną. Wykonawca końcowo w tych pomieszczeniach, na obiekcie, które nie spełniały wymagań akustycznych zamontował okładziny akustyczne, pochłaniające dźwięk. Również roboty w zakresie elektryki zostały w takim stopniu wykonane, że umożliwiło to stwierdzenie, że obiekt osiągnął stan gotowości do odbioru. Ostatecznie Wykonawca wykonał prace z zakresu instalacji elektrycznych dokumentując je raportem z terenowych pomiarów czasu pogłosu z dnia 25 maja 2023 r. (data wpływu 1 czerwca 2023 r.), 7 protokołami z badania instalacji elektrycznej z dnia 15 maja 2023 r., raportem z badania czasu pogłosu z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Wykonawca w dniu 7 marca 2023 r. po raz kolejny przekazał Zamawiającemu fakturę dokumentującą płatność końcową oraz wezwał Zamawiającego do jej zapłaty oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy wniesionego w formie gotówkowej pod rygorem odstąpienia od umowy (pismo nr. WK/635/2023). W tym samym dniu Zamawiający otrzymał od Wykonawcy pismo (WK/634/2023) wzywające Wykonawcę do ustanowienia na podstawie art. 649 (1) kc gwarancji zapłaty wynagrodzenia wynikającego z umowy (płatność końcowa). Wykonawca w wezwaniu zobowiązał Zamawiającego do ustanowienia gwarancji zapłaty do dnia 31 marca 2030 r. tj. do czasu prawomocnego zakończenia postępowania sądowego pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym o zapłatę. Zamawiający zgodnie z zobowiązaniem przekazał Wykonawcy bankową gwarancję zapłaty wynagrodzenia w dniu 20 kwietnia 2023 r. W dniu 4 maja 2023 r. bank PKO BP SA zawiadomił Zamawiającego o przyjęciu od Wykonawcy dyspozycji z dnia 2 maja 2023 r. wypłaty środków z gwarancji. Bank powiadomił Zamawiającego o wypłacie środków z gwarancji w dniu 9 maja 2023 r. w kwocie 14.075.569,48 zł. Wyplaconą kwotę z gwarancji bankowej, bank pobrał ze środków zdeponowanych na rachunku Gminy. Zamawiający pismem z dnia 30 maja 2023 r. wezwał Konsorcjum do zwrotu nienależnie pobranej kwoty z bankowej gwarancji zapłaty wynagrodzenia tj. kwoty 14.075.569,48 zł. W ten sposób Wykonawca samodzielnie bez woli i udziału Zamawiającego podjął środki w wysokości płatności końcowej wynikającej z umowy. Zamawiający uważa, że Wykonawca bezprawnie uruchomił gwarancję bankową, wszedł w posiadanie płatności końcowej pomimo, iż nie zostały zrealizowane przesłanki wymagalności tego roszczenia.

Wykonawca pismem z dnia 9 maja 2023 r. poinformował Zamawiającego, iż nie uznaje roszczenia Zamawiającego związanego z karą umowną wynikającą z bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców (pismo Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2023 r.). W dniu zaś 10 maja 2023 r. Wykonawca po otrzymaniu środków z gwarancji bankowej oświadczył, iż wycofuje polecenia przekazu na rzecz podwykonawców (pismo z 12 maja 2023 r.).

Zamawiający wezwał do zapłaty Wykonawcę, domagając się zwrotu połowy kosztów ustanowienia bankowej gwarancji zapłaty na rzecz Wykonawcy (art. 649 (1) S 3) oraz zwrotu płatności dokonanych bezpośrednio na rzecz podwykonawców (pismo Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2023 r.). Zamawiający poza kilkoma przypadkami podwykonawców, co do których ma wiedzę, że otrzymali oni należne im wynagrodzenie po dziś dzień nie wie czy zostali oni prawidłowo rozliczeni przez Wykonawcę. Wykonawca do chwili obecnej nie uzupełnił opracowania kolaudacyjnego o część dotyczącą rozliczenia podwykonawców. Zamawiający potwierdzić natomiast może, że jeden z podwykonawców nie otrzymał należnego wynagrodzenia. Pomiędzy stronami jest spór sądowy, a Zamawiający kwotę dochodzonego przez podwykonawcę wynagrodzenia (300.970,41 zł) złożył do depozytu sądowego na co otrzymał w odrębnym postępowaniu sądowym zgodę Sądu (postanowienie w sprawie nie jest prawomocne).

Inżynier Kontraktu po otrzymaniu pozytywnych wyników prób akustyki oraz instalacji elektrycznej oraz po przedłożeniu prawie w całości uzupełnionego operatu kolaudacyjnego uznał, iż obiekt nadaje się do odbioru. W dniu 7 czerwca 2023 r. wyznaczył termin odbioru powiadamiając o tym Wykonawcę. Po przystąpieniu do czynności odbiorowych ujawniono poważne wady obiektu, polegające na braku poprawnego działania systemu przeciwpożarowego (Pismo Zamawiającego z dnia 20 czerwca 2023 r.). Zamawiający poinformował również Wykonawcę, iż w wyniku przeprowadzenia postępowania przetargowego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji przedmiotem, którego była: „Dostawa systemu pomiaru czasu dla basenu w hali sportowej na terenie MOSiR przy ul. Solskiego w Mielcu” został wyłoniony

wykonawca który dostarczył, zamontował i sprawdził poprawne działanie brakującego elementu robót - system pomiaru czasu pływaka za kwotę 189.075,60 zł (Zamawiający dochodzi od Wykonawcy częściowego zwrotu świadczenia w kwocie 164.057,40 zł z uwagi na okoliczność, iż zamówienie wykroczyło swym zakresem poza zakres świadczenia wynikający z umowy z Wykonawcą). Dopiero na skutek pilnej interwencji Zamawiającego podczas procedury odbioru automatyczny system otwierania drzwi podczas pożaru został odblokowany. Jak się okazało na skutek braku zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz jednego z podwykonawców na kwotę 100.860,64 zł firma ta unieruchomiła windy w obiekcie, a Wykonawca nie przekazał kluczy dostępowych do urządzenia dźwigowego oraz kluczyka kontroli dostępu dla windy ze zjazdem do podbasenia. Dopiero zapłata należnego wynagrodzenia podwykonawcy przez Wykonawcę w reakcji na żądanie Zamawiającego spowodowała odblokowanie wind, a tym samym ich odbiór jak i weryfikację działania systemu ewakuacyjnego. Ostatecznie Zamawiający i IK bez udziału Wykonawcy po weryfikacji poprawności wykonania inwestycji podpisali protokół odbioru kilkadziesiąt usterek operatu kolaudacyjnego. Stwierdzono, że obiekt osiągnął stan gotowości do odbioru w dniu 16 czerwca 2023 r. tj. w dniu odbioru systemu czasu pomiaru pływaka. Nadto komisja stwierdziła, że w całości obiekt nie może być użytkowany do czasu usunięcia wad systemu oddymiania klatki schodowej, poprawnego montażu drzwi, montażu uchwyty antypanicznego na drzwiach, a w części do czasu usunięcia kolizji umiejscowienia wanny z hydromasażem i osuszaczem oraz kolizji umiejscowienia wanny z hydromasażem z gniazdkami elektrycznymi. Po usunięciu w/w uchybień na początku sierpnia 2023 r. obiekt otwarto. W czynnościach odbiorowych uczestniczył Wykonawca, ale w charakterze obserwatora. Protokół z tych czynności podpisany przez przedstawicieli Zamawiającego i IK został przesłany Wykonawcy, który stwierdził, iż podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko, iż obiekt osiągnął stan gotowości do odbioru już na wcześniejszym etapie co zostało potwierdzone protokołem odbioru Wykonawcy z grudnia 2022 r. W takich to okolicznościach doszło do naliczenia kar umownych za nieterminową realizację umowy w kwocie 9.960.000,00 zł za okres od 24 stycznia 2022 r. do 16 czerwca 2023 r. (20.000,00 zł dziennie) z tym zastrzeżeniem, że ze względu na trudne warunki atmosferycznie nie liczono kar umownych w wymiarze 10 dni okoliczności te zostały potwierdzone wpisami w dzienniku budowy IK. Zamawiający opisał szeroko okoliczności powstania kar umownych aby Państwo mogli samodzielnie ocenić okoliczności i przyczyny ich powstania.

Ad. 5 W dniu 30 grudnia 2022 r. Mosty Łódź SA, Balzola Polska sp. z o.o. oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A. w likwidacji upadłościowej wnieśli pozew do Sądu Okręgowego w Rzeszowie domagając się od Gminy Miejskiej Mielec zapłaty kwoty 36.634.189 złotych. Sąd ostatecznie zwrócił pozew Construcciones y Promociones Balzola S.A. w upadłości likwidacyjnej z uwagi na braki formalne. Nadał jednak dalszy bieg pozewowi Mosty Łódź SA oraz Balzola Polska sp. z o.o. Do dnia dzisiejszego, żaden z powodów nie cofnął roszczenia dochodzonego pozewem. Pozwem dochodzone są następujące kwoty:

a.)14.075.569,47 zł. tytułem płatności końcowej,

b.)4.238.816,91 zł, w tym:

a.3.082.613,17 zł - wykonanie robót dodatkowy związanych ze zwiększonymi kosztami realizacji inwestycji - posadowienie pośrednie

b.1.156.203,74 zł - kwoty nie ma w uzasadnieniu pozwu.

c.)10.346.855,81 zł - dodatkowe koszty pośrednie. Wykonawca uważa, że ze względu na zwiększony zakres wykonania oraz czas trwania realizacji, który nie był zależny od niego (opóźnienie spowodowane COVID -19) przysługuje mu dodatkowe wynagrodzenie.

d.)512.883,06 zł - wynagrodzenie za realizację dodatkowego parkingu, który Wykonawca wykonał bez zgody Zamawiającego, a następnie rozebrał, przy czym w dochodzonej kwocie 82.803,34 zł nie zawiera uzasadnienia.

9.523,78 zł za wykonanie dodatkowych podpór słupkowych (dotyczy słupków startowych na basenie).

20.081,63 zł - za wykonanie pomiarów akustycznych, które były niezbędne dla wykazania spełnienia wymagań dotyczących czasu pogłosu.

W dniu 15 marca 2024 r. Zamawiający wdał się w spór sądowy wyżej opisany składając odpowiedź na pozew. Sąd w niniejszej sprawie wyznaczył otwarty na dzień dzisiejszy termin na ustosunkowanie się przez powodów do odpowiedzi na pozew złożony przez Zamawiającego. Zamawiający nie ukończył procesu ustalania wysokości własnych roszczeń względem Wykonawcy ale przewyższają one kwotę 30 mln. zł.

Ad. 6) Całokształt sprawy jest bardzo złożony, roszczenia Zamawiającego są zróżnicowane Zamawiającemu trudno jest jednoznacznie wyrazić pogląd, co do przyczyn nienależytego wykonania umowy. Kwestie tę będą przedmiotem badania przez Sąd.”.

Izba zważyła:

Skład orzekający Izby uznał, że w niniejszej sprawie potwierdził się zarzut naruszenia Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i uznanie, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu w sytuacji, gdy zaistniały przesłanki uprawniające do zastosowania Pzp.

Wskazać, iż zgodnie z 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.

Podkreślić należy, że dla zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w Pzp niezbędne jest ziszczenie się kumulatywnie wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie, tj.:

1) musi mieć miejsce niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwale nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego (lub umowy koncesji),

2) powyższe musi nastąpić z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

3) uchybienie wykonawcy musi doprowadzić do określonego skutku: wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zauważyć należy, że zasadnicza część argumentacji Przystępującego sprowadzała się do twierdzenia, iż nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania gwarancyjnego wynikającego z umów zawartych z Gminą Czernica oraz Tramwajami Śląskimi nie wynikało z przyczyn leżących po jego stronie. Ponadto wskazywał, że również naliczenie kar umownych przez Gminę Miejską Mielec wynikało z przyczyn od niego niezależnych.

W ocenie Izby Przystępujący jednak nie wykazał, po pierwsze w odniesieniu do świadczenia gwarancyjnego wynikającego z umowy z Gminą Czernica, że to ten zamawiający przyczynił się że do powstania usterek nawierzchni placu zabaw i boiska, a więc z przyczyn całkowicie niezależnych od Wykonawcy, co z kolei wiązałoby się z brakiem zaistnienia po stronie Przystępującego obowiązku gwarancyjnego. Przystępujący wywodził bowiem, że zamawiający – Gmina Czernica zobowiązany był do dokonywania przeglądów i konserwacji gwarancyjnych za pośrednictwem mającej do tego wyłączność spółki KOREXBUD Sport sp. z o.o., co wynikało z Oświadczenia Gwarancyjnego nr 14/2018. Powyższe było warunkiem prawidłowego eksploataowania tych nawierzchni. Zauważyć jednakże należy, że Przystępujący okoliczności tej w żaden sposób nie wykazał. Przystępujący więc oprócz przedłożenia wraz z wyjaśnieniami z dnia 5 kwietnia 2024 r., oraz pismem procesowym ww. oświadczenia, nie udowodnił że Gmina Czernica miała świadomość obowiązków wynikających z ww. dokumentu. Również na rozprawie Przystępujący nie był w stanie odpowiedzieć na pytanie Izby, czy zamawiający Czernica miał wiedzę odnośnie warunków gwarancyjnych dot. wykonanej nawierzchni. Z oświadczenia Gwarancyjnego nie wynika także, aby powyższe warunki zostały przekazane ww. zamawiającemu wraz z oddaniem obiektu. Nie jest więc wykazane, że to z przyczyn niezależnych od Przystępującego doszło do wad obiektu uniemożliwiających korzystanie, co wprost wiązałoby się z koniecznością uwzględnienia gwarancji i wykonania napraw – czego Balzola skutecznie odmawiała. Co istotne zamawiający Czernica na skutek odmowy wykonania zobowiązania gwarancyjnego przez Balzola, w celu usunięcia wad obiektu zmuszony został do skorzystania z wykonawstwa zastępczego w celu usunięcia wad nawierzchni. Zauważyć należy, że powyższe skutkowało koniecznością zapłaty wynagrodzenia na rzecz ww. podmiotu wynagrodzenia w kwocie 928.042,12 zł, a ponadto Przystępującemu naliczono kary umowne w kwocie 520.000 zł. W konsekwencji Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał aby zaistnienie okoliczności wskazanych w piśmie z dnia 5 kwietnia 2024r. nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych, jak i nie wykazał, aby dochował należytej staranności podczas realizacji umowy w zakresie budowy nawierzchni boiska i placu zabaw, w tym nie wykazał, że poinformował zamawiającego Czernica o warunkach utrzymania gwarancji. W konsekwencji Izba stwierdziła, że nieusunięcie przez Balzola wady gwarancyjnej polegającej na naprawie nawierzchni boiska i placu zabaw stanowiło istotne i długotrwale nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z Umowy, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie Balzola.

Odnosząc się kolejno do umowy realizowanej na rzecz spółki Tramwaje Śląskie wskazać należy, że w ocenie składu orzekającego również w zakresie realizacji tej umowy Przystępujący nie wykazał, aby naliczenie kar umownych było niezasadne, a wady inwestycji powstały z przyczyn od niego niezależnych.

Zauważyć należy, że w ramach niniejszej umowy została naliczona Przystępującemu kara umowna w wysokości 1.981.376,14 zł na podstawie § 13 ust.1 lit. d) zawartej umowy z tytułu opóźnienia Wykonawcy w usunięciu wady ujawnionej w okresie gwarancji. Nieusunięcie przez Przystępującego wady gwarancyjnej polegającej niezgodności zastosowanej przez Konsorcjum masy zalewowej z wymogami umownymi określonymi w STWiORB SST-D „Budowa zintegrowanej nawierzchni torowo-drogowej” i Dokumentami powykonawczymi w ocenie składu Izby należało uznać za istotne i długotrwale nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie Przystępujący. Również wskazać należy, co zdaniem składu jest istotne, że to Tramwaje Śląskie wystąpiły przeciwko Balzoli z powództwem o zapłatę jak również z powództwem o nakazanie jej usunięcia wady. Przystępujący nie podjął analogicznych działań mających na celu wykazanie braku odpowiedzialności za zaistniałą sytuację. W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał, że masa zalewowa użyta przez niego przy realizacji zamówienia jest masą wskazaną przez niego w dokumentacji powykonawczej. Podkreślić natomiast należy, że Ekspertyza techniczna Politechniki Śląskiej dotyczyła właśnie próbek pobranych przez Tramwaje Śląskie z torowiska. Zauważyć przy tym

należy, że Balzola nie zgodziła się na powołanie biegłego z zakresu inżynierii materiału w celu zbadania masy zalewowej zabudowanej w torowisku. Dlatego też w ocenie składu nie zostało wykazane, że za wady powstałe na inwestycji Przystępujący nie ponosi odpowiedzialności. Zauważyć natomiast należy, że w tym stanie rzeczy to zadaniem Przystępującego było wykazać, że powyższe stwierdzenie spółki Tramwaje Śląskie nie jest prawdziwe, a przyczyny zaistnienia wady nie były od niego zależne, pomimo iż w świetle postanowień umownych odpowiedzialność w tym zakresie spoczywała na nim, ponieważ jak wskazał ww. zamawiający zgodnie z umową konsorcjum jego członkowie ustalili pomiędzy sobą udział w realizacji Umowy na 50% - NDI Sopot S.A. i 50% - łącznie Balzola Polska Sp. z o.o. i Construcciones Y Promociones Balzola, Sociedad Anonima (En Liquidacion).

Odnosząc się do umowy zawartej z Gminą Miejską Mielec wskazać należy, że również w tym zakresie Przystępujący nie wykazał, aby naliczenie kar umownych w łącznej wysokości ok. 30 mln zł było nieuzasadnione. Wskazać należy, że jak wyjaśnił ww. zamawiający realizacja robót odbyła się na podstawie umowy o roboty budowlane nr 2/ZP/2018 z dnia 18 października 2018 r. Umowa została zmieniona 8 aneksami, przy czym ostatni z aneksów określał termin wykonania zamówienia na dzień 24 stycznia 2022 r. Roboty zostały odebrane w dniu 30 czerwca 2023 r. przy czym obiekt osiągnął stan gotowości do odbioru na dzień 16 czerwca 2023 r. Zamawiający Mielec wyjaśnił, że Balzola popadła w zwłokę, a przy wyliczeniu wymiaru kar umownych wzięto pod uwagę np. uznane przez Inżyniera Kontraktu dni opóźnienia związane z warunkami pogodowymi. Zamawiający Mielec wskazał także, że przyczyny zwłoki są zawile i złożone i w znacznym stopniu wynikają z zaniechań Balzola na początkowym etapie realizacji umowy związanych z technologią posadowienia obiektu. Jednocześnie wskazał, że poza kwestią kar umownych związanych z nieterminową realizacją zamówienia, Zamawiającemu Mielec przysługuje cały katalog innych roszczeń związanych z nienależytym wykonaniem umowy. Ponadto wyjaśnił, że Balzola oprócz nienależytego wykonania umowy nie wykonała całego zakresu robót na skutek czego zamawiający Mielec zmuszony był do wykonania zastępczego. Jednocześnie podkreślił, że Balzola do dnia sporządzenia pisma z dnia 20 maja 2024r. nie wykazała, że rozliczyła się prawidłowo z podwykonawcami, a to podwykonawcy wykonali niemalże całość zamówienia. W konsekwencji był on zmuszony uwzględnić wnioski części podwykonawców żądających bezpośredniej zapłaty od zamawiającego i wypłacił na ich rzecz kwotę 1.505.650,20 zł. Z tego tytułu też została naliczona Balzoli kara umowna w kwocie 16 890.683,40 zł.

Izba uwzględniając wyżej wskazane okoliczności uznała, że okoliczności przywołane w piśmie Gminy Miejskiej Mielec potwierdzają, że Balzola nienależycie wykonała zobowiązanie wynikające z zawartej z Gminą umowy, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie Balzola. Izba ponadto stwierdziła, że Balzola nie udowodniła swoich twierdzeń, że wykonanie systemu pomiaru czasu pływaka nie wchodziło w zakres zamówienia, a Gmina w sposób niezasadny obciążyła go kosztami wykonawstwa zastępczego ww. systemu. W opinii składu orzekającego za dowód taki nie może zostać uznany wybiórczy fragment PFU, złożony przez Przystępującego jako dowód. Nie sposób bowiem ocenić, czy obowiązek ten nie wynikał z innych nieprzedłożonych wraz z pismem procesowym stron dokumentu.

Izba uznała, że całość okoliczności faktycznych przywołanych szeroko przez Gminę Miejską Mielec potwierdzają długotrwale i nienależyte wykonanie zobowiązania umownego za które to okoliczności odpowiada Przystępujący. Na uwagę zasługuje w szczególności oprócz naliczenia wysokich kar umownych także fakt długotrwałego przekroczenia terminu realizacji robót i dokonania odbiorów.

W zakresie interpretacji pojęcia istotności warto zwrócić uwagę, iż Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę (tzw. dyrektywy klasycznej), którego implementację stanowi Pzp, przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy.

W przedmiotowym stanie faktycznym w ocenie składu orzekającego brak naprawy nawierzchni boiska i placu zabaw w ramach udzielonej gwarancji i konieczność skorzystania przez Gminę Czernica z wykonawstwa zastępczego w celu naprawy nawierzchni umożliwiającej korzystanie z niej, a tym samym poniesienie przez tego zamawiającego kosztów w wysokości ok. 920 000 zł świadczy o nienależytym wykonaniu zobowiązania. . Również konieczność zlecenia wykonawstwa zastępczego przez Gminę Miejską Mielec w związku z brakiem wykonania systemu pomiaru pływaka, naliczenia wysokich kar umownych (30 000 000 zł) ,a także długotrwale przekroczenie terminu realizacji robót i dokonania odbiorów i jednocześnie brak zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, który to obowiązek wykonał Zamawiający ponosząc z tego tytułu szkodę w wysokości ok. 1,5 mln zł w ocenie Izby nosi znamiona nienależytego wykonania zamówienia. W ocenie Izby również problemy w użytkowaniu torowiska przez zastosowanie masy zalewowej, która w wyniku badania próbek podłoża – co wynika z informacji pochodzących od spółki Tramwaje Śląskie – a w konsekwencji odmowa wykonania roszczeń gwarancyjnych cechuje nienależyte wykonanie zamówienia. We wszystkich tych przypadkach, w ocenie Izby, nienależyte wykonanie zamówienia miało miejsce w stopniu znacznym.

W tym miejscu wskazać należy, że do katalogu sankcji określonych w Pzp należy zaliczyć również kary umowne.

Podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o ww. przepis aktualizuje się w przypadku, gdy niewykonanie/nienależyte wykonanie/długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania umownego doprowadzi co najmniej do jednej z następujących sytuacji: do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przepis ten stanowi implementację do krajowego porządku prawnego Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 94.), w którym mowa jest o doprowadzeniu do „wcześniejszego rozwiązania umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji”. Analizując relację Pzp do art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy klasycznej można wywieść wniosek, że ustawodawca krajowy doprecyzował pojęcie „innych porównywalnych sankcji” użyte w Dyrektywie klasycznej poprzez wskazanie na wykonanie zastępcze oraz uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. Wyjaśnić należy, że w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jest mowa o odszkodowaniu, którego w opinii Izby nie można zawężyć wyłącznie do „odszkodowania sensu stricto”, rozumianego jako tradycyjne odszkodowanie uzyskane w oparciu o zasady ogólne odpowiedzialności odszkodowawczej przewidziane w Kodeksie cywilnym (art. 471 i n.). W ocenie składu orzekającego w pojęciu „odszkodowania” użytym w Pzp mieścić się będą również ustalone w umowie w oparciu o Kodeksu cywilnego kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Kodeksu cywilnego wskazuje, że zapłata określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - ze swojej istoty zastępuje ona zatem odszkodowanie z Kodeksu cywilnego. Izba stwierdziła, że nieuzasadnione byłoby różnicowanie sytuacji prawnej i faktycznej wykonawców, na których z uwagi na nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego nałożono karę umowną od sytuacji wykonawców, którzy ponieśli odpowiedzialność odszkodowawczą z tego tytułu na podstawie Kodeksu cywilnego w sądowym lub pozasądowym trybie. Natomiast podkreślić należy, że nie każda kara umowna automatycznie będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w Pzp, lecz jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Określane w umowach kary mogą bowiem pełnić różne funkcje, w zależności od sposobu ukształtowania postanowień umownych, nie tylko funkcję kompensacyjną. Natomiast jak wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych to funkcja kompensacyjna (odszkodowawcza) jest uznawana za podstawową funkcję kary umownej jako, że co do zasady kara ta stanowi surogat odszkodowania należnego z tytułu szkody spowodowanej naruszeniem zobowiązania niepieniężnego (por. np. wyr. Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 r., sygn. akt).

W przedmiotowym przypadku nie budziło wątpliwości składu orzekającego, że kary umowne nałożone przez wszystkich trzech zamawiających na wykonawcę Balzola pełniły funkcję kompensacyjną i miały charakter stricte odszkodowawczy, bowiem zostały one naliczone z tytułu nienależytego wykonania przez Przystępującego z przyczyn leżących po jego stronie zobowiązań umownych wynikających z trzech wyżej wskazanych umów polegających na niedotrzymaniu terminów realizacji inwestycji, odmowie świadczenia gwarancyjnego, braku zapłaty podwykonawcom. Kary umowne stanowiły zatem zryczałtowane odszkodowanie, mające kompensować zamawiającym majątkowe i niemajątkowe uszczerbki z tytułu braku należytego zrealizowania zobowiązania umownego zawartego z Gminą Czernica, Gminą Mielec i Tramwajami Śląskimi. Jedynie uzupełniając dodać należy, że w aktualnym stanie prawnym dla ziszczenia się podstawy wykluczenia z Pzp nie jest już konieczne „zasądzenie” odszkodowania, jak miało to miejsce na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy.

Podsumowując w ocenie składu orzekającego potwierdził się zarzut dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż:

1)w przypadku umowy nr r GKil.272.205.2016.EZ zawartej z Gminą Czernica:

- naliczono kary umowne z tytułu zwłoki w realizacji napraw gwarancyjnych wad i usterek powstałych w nawierzchniach z tworzyw sztucznych boisk i placach zabaw w kwocie 520.000 zł,
- z uwagi na nieprzeprowadzenie napraw Gmina Czernica powierzyła ich realizację Wykonawcy zastępczemu, w związku z czym naliczono Balzoli kolejną karę umowną w wysokości kwoty zamówienia wykonania zastępczego tj. 928.042,12 zł.
- z uwagi na powierzenie napraw Wykonawcy zastępczemu, Gmina Czernica poniosła szkodę, w związku z którą w dniu 14.02.2024 r., Sąd Okręgowy we Wrocławiu wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym.

2)w przypadku umowy nr 2/ZP/2018 z dnia 18.10.2018 r. zawartej z Gminą Miejską Mielec:

- szczegółowe informacje przekazane przez MOSiR, a dotyczące przebiegu realizacji inwestycji, nie potwierdzają wyjaśnień Balzoli, jakoby przyczyny niemal półtorarocznego opóźnienia w realizacji inwestycji były niezależne od Przystępującego i wynikały z okoliczności wskazanych przez niego w złożonych wyjaśnieniach,
- liczba oraz rodzaj wadliwości przemawiają za uznaniem, że dotyczyły one istotnej części zobowiązania umownego stwierdzono bowiem istotne wady uniemożliwiające osiągnięcie przez obiekt stanu gotowości do odbioru i użytkowania,
- Przystępujący nie wykonał całego zakresu robót, co spowodowało konieczność zlecenia przez Zamawiającego

wykonania zastępczego,

- doszło do naliczenia kar umownych w wysokości 9 960 000,00 zł z tytułu nieterminowej realizacji umowy;

3)w przypadku umowy nr DO/464/17 z dnia 29.09.2017 r. zawartej ze spółką Tramwaje Śląskie:

- Balzola nie podjęła działań mających na celu wyeliminowanie problemu niezwłocznie po otrzymaniu informacji w tym względzie,

- nieusunięcie przez Przystępującego wady gwarancyjnej zamawiający Tramwaje Śląskie kwalifikuje jako istotne i długotrwale nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy,

- Balzola nie wykonała istotnej części zobowiązania umownego tj. usunięcia wady z tytułu udzielonej gwarancji,

- z tego tytułu TS S.A. naliczyły Wykonawcy karę umowną w wysokości 981 376,14 zł za opóźnienie w usunięciu wady ujawnionej w okresie gwarancji (kwota za okres od dnia 15 stycznia 2022 r. do dnia 15 lutego 2022r.).

a więc zarzut odwołania okazał się zasadny, co skutkowało koniecznością nakazania wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp i w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp Izba ustaliła:

Przystępujący w dokumencie JEDZ udzielając 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 „NIE”.

Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2024 r. działając na podstawie art. 428 ust. Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 Pzp wezwał Przystępującego do:

„1) poprawienia i/lub uzupełnienia Jednolitego Dokumentu w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 Ustawy, a których wystąpienie zostało szczegółowo uzasadnione w pkt II niniejszego pisma,

2) przedstawienia środków przedsięwziętych w celu samooczyszczenia wraz z ich opisem i dowodami, w celu udowodnienia Zamawiającemu, że Wykonawca spełnił łącznie następujące przesłanki:

a)naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

b)wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym zamawiającym,

c)podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

- zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizował personel,

- wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

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

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

W celu wykazania, że pomimo zaistnienia przesłanek wykluczenia, Wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu konieczne jest opisanie wszystkich ww. okoliczności oraz przedstawienie dowodów, że podjęte przez Wykonawcę środki są wystarczające do stwierdzenia jego rzetelności. Wykonawca może powołać się na podjęcie również innych środków, niż środki wymienione powyżej. Istotne jest, aby w konsekwencji swoich działań Wykonawca udowodnił Zamawiającemu, że wprowadzone zmiany doprowadzą do wyeliminowania przyczyn niewłaściwego zachowania wykonawcy w przyszłości.”.

Izba zważyła:

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę: który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Z kolei zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym, istotą omawianych przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez

swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego, przedstawianie niezgodnych z rzeczywistością okoliczności) w sposób istotny wpływają (choćby potencjalnie) na podejmowane przez niego decyzje. Należy przy tym zauważyć, że przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp dotyczy celowego wprowadzenia w błąd (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji bądź zatajeniem informacji, bądź niemożnością przedstawienia wymaganych środków dowodowych, zaś z pkt 10 - lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd.

Co istotne, w ocenie Izby, nie każda podana przez wykonawcę informacja świadcząca o niespełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu czy też zaistnieniu podstaw wykluczenia skutkuje od razu jego wykluczeniem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie: „(...) błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego. Błąd ma nastąpić przy przedstawianiu informacji” – tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 września 2023 r., sygn.. akt XXIII Zs 12/23.

Z kolei w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r., sygn. akt XXII Zs 61/22 wskazano: „Wykonawca nie jest winny przedstawienia wprowadzających w błąd informacji, jeżeli informacje składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one prawdziwe”. Ponadto, „(...) brak poinformowania o zdarzeniach, które podlegały ocenie w ramach ustalania podstaw wykluczenia, spowodował zmaterializowanie się przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP (...) Zatajenie informacji to nieprzekazanie wymaganych informacji. W rzeczywistości bowiem zaniechanie przekazania prawdziwych informacji, podobnie jak podanie informacji nieprawdziwych, może mieć wpływ na decyzję podejmowaną przez zamawiającego. Jeżeli złożone dokumenty są merytorycznie niekompletne, w grę może wchodzić wykluczenie z postępowania. Cel art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP wymaga, aby miał on zastosowanie również w przypadku niezamieszczenia w złożonych dokumentach wymaganych informacji lub podania niepełnych wymaganych informacji. Brak takich informacji może bowiem wywoływać u zamawiającego mylne wyobrażenie na temat zdolności oraz sytuacji wykonawcy” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 września 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 12/23; Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winarza, Urząd Zamówień Publicznych, wydanie II, 2023).

Uwzględniając powyższe rozważania, wskazać należy, że Przystępujący w oświadczeniu JEDZ składanym wraz z ofertą wskazał, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Skład orzekający Izby uznał, iż Przystępujący miał natomiast obowiązek przyjmować, że przywołane wyżej okoliczności dotyczące trzech umów o zamówieniu publiczne – będzie stanowić przesłankę wykluczenia z postępowania. W konsekwencji jego obowiązkiem było udzielenie odpowiedzi twierdzącej na pytanie zawarte w JEDZ dotyczące tego czy w ramach realizacji wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego zostało nałożone odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje. Natomiast okoliczność, że Balzola zataiła w JEDZ informacje o nałożeniu przez ww. zamawiających kar pieniężnych powodowało, że działanie Balzoli charakteryzowało co najmniej rażące niedbalstwo. Rażące niedbalstwo jest jedną z postaci winy nieumyślnej. Przez niedbalstwo, zgodnie z doktryną prawa cywilnego, należy rozumieć zachowanie sprawcy, który podejmując decyzję co do przyszłego postępowania, nie zdaje sobie sprawy z tego, że może ono być bezprawne. Miernikiem oceny przewidywania sprawcy co do prawidłowości lub nieprawidłowości działania w przypadku zamówień publicznych powinno być zachowanie należytej staranności ustalonej z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności prowadzonej przez wykonawcę” (M. Stachowiak (w.) W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kiliel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 109).

W ocenie Izby, rażące niedbalstwo Przystępującego, związane z nieujawnieniem informacji o nałożeniu kar pieniężnych wiązało się z faktem, że Balzola miała świadomość, że zostały na nią nałożone kary pieniężne, co bezpośrednio wynika z jej oświadczeń złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Przystępujący więc na skutek rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w JEDZ informacji, że nie podlega on wykluczeniu wywołując u Zamawiającego mylne wyobrażenie o tej okoliczności.

Balzola, nie informując Zamawiającego o fakcie nałożenia na nią kar pieniężnych związanych z realizacją wcześniejszych trzech umów o zamówienie publiczne, uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie i ocenę, czy ten wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a więc wywołał u Zamawiającego mylne przekonanie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wywołanie u Zamawiającego mylnego przekonania o niepodleganiu wykluczeniu z Postępowania miało wpływ na wynik Postępowania, czego wyrazem była decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba stwierdza, że oświadczenie złożone przez Balzole w JEDZ jest sprzeczne z rzeczywistym stanem rzeczy, ponieważ nie budzi żadnych wątpliwości, że na tego wykonawcę w trakcie realizacji umów o zamówienie publiczne

zostały nałożone wielomilionowe kary pieniężne. Natomiast Balzola wskazując w formularzu JEDZ odpowiedź negatywną zaprzeczyła, że takie kary miały miejsce.

Izba wskazuje, że dokument jest bez wątpienia dokumentem kategoriowym z uwagi na wagę składanych w nim oświadczeń. Jeśli wykonawca zaznacza w dokumencie JEDZ odpowiedź „nie”, to uniemożliwia zamawiającemu dokonanie oceny, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, mimo, że zaistniała sytuacja, której dotyczy odpowiedź w formularzu JEDZ i staje się niejako „sędzią we własnej sprawie”.

W ocenie Izby, Przystępujący powinien wskazać w formularzu JEDZ w odpowiedniej rubryce odpowiedź TAK. Wykonawca obowiązany jest bowiem przyznać, że podlega wykluczeniu. Treść art.109 ust. 1 pkt 7 Pzp referuje do przypadku, gdy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (zawinionych lub niezawinionych). Wymaganie aby każdorazowo wykonawca uznał swoją winę nie znajduje potwierdzenia w obowiązujących przepisach. Mało tego, uznanie winy pozbawiłoby wykonawcę prawa do obrony swoich praw w postępowaniu cywilnym.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, ziszczyły się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 Pzp, stanowiące podstawę do wykluczenia Balzoli z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

Mając powyższe na względzie zarzut nr 2 okazał się zasadny, a więc zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższych rozważań wskazać należy, że zasadny okazał się również zarzut trzeci odwołania, bowiem jak już wyżej wskazano oferta Przystępującego winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.

a) Pzp, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i 10) Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 dotyczącego naruszenia art. 110 ust. 2 pkt 1) – 3) Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp Izba uznała, że zarzut ten okazał się bezzasadny.

Izba uznała bowiem po pierwsze że z treści dokumentu samooczyszczenia wynika, że został on złożony dobrowolnie, a po drugie okoliczność, że został złożony w związku z przytoczonym wyżej wezwaniem Zamawiającego z dnia 29 maja 2024 r. nie stanowi o tym, iż czynność ta była spóźniona. W ocenie Izby wykonawca może przedkładać dowody, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia, dopóki zamawiający nie wykluczy go z postępowania.

Wskazać należy, że w wyroku z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie C-387/19 w postępowaniu RTS infra BVBA, Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel BVBA przeciwko Vlaams Gewest Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że „Artykuł 57 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zmienionej rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2015/2170 z dnia 24 listopada 2015 r., należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie praktyce państwa członkowskiego, zgodnie z którą wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty z własnej inicjatywy dowodu podjęcia środków naprawczych w celu wykazania swojej rzetelności pomimo istnienia względem niego fakultatywnej podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 57 ust. 4 tej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, w sytuacji gdy obowiązek taki nie wynika ani z mających zastosowanie przepisów krajowych, ani z dokumentacji zamówienia. Natomiast art. 57 ust. 6 wspomnianej dyrektywy, zmienionej rozporządzeniem delegowanym 2015/2170, nie stoi na przeszkodzie takiemu obowiązkowi, jeżeli został on przewidziany w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w mających zastosowanie przepisach krajowych oraz gdy o jego istnieniu dany wykonawca został powiadomiony za pomocą dokumentacji zamówienia.”. Skoro zatem z obowiązujących przepisów ani też z dokumentów zamówienia nie sposób wywieść jakiegokolwiek cezurę czasowej do dokonania przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, należy uznać że wykonawca ma prawo do udowodnienia samooczyszczenia zarówno z własnej inicjatywy jak i w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oraz zarówno w momencie składania oferty czy wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jak i na późniejszym etapie postępowania.

W konsekwencji Izba uznała, że przeprowadzenie przez Przystępującego procedury samooczyszczenia dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie było działaniem spóźnionym. W związku z powyższym Izba zarzut oddaliła.

Odnosząc się do zarzutu nr 5 dotyczącego naruszenia art. 110 ust. 2 pkt 1) – 3)

i ust. 3 Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie

i uznanie, że Balzola udowodniła, iż spełniła wszystkie przesłanki z art. 110 ust. 2 Pzp w ramach przeprowadzonej procedury samooczyszczenia w odniesieniu do podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp Izba ustaliła:

Przystępujący w dniu 7 czerwca 2024 r. złożył Zamawiającemu oświadczenie o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia zawierające opis środków podjętych przez wykonawcę w celu wykazania swojej rzetelności. Z treści

ww. dokumentu wynika m.in., że: „W ramach przedmiotowego Postępowania Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona przez Zamawiającego, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14 lutego 2024 r. nie przedłożył wraz z oświadczeniem JEDZ żadnej informacji, która opisywałaby przebieg realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec. Informacja o przebiegu realizacji tych inwestycji została przekazana Zamawiającemu w treści odwołania wniesionego przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. do Krajowej Izby Odwoławczej.

2.3. W wyniku złożonego odwołania Zamawiający zdecydował się 28 marca 2024 r. wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W treści wyjaśnień z dnia 5 kwietnia 2024 r. oraz wyjaśnień uzupełniających z dnia 23 kwietnia 2024 r. Wykonawca przedstawił Zamawiającemu kompleksową informację na temat przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec i Umowy Mielec oraz zaistniałych w ich trakcie komplikacji. Zamawiający dysponuje już zatem pełnym opisem faktów okoliczności realizacji ww. umów.

2.4. Wykonawca nie przedstawiając tych informacji wraz z oświadczeniem JEDZ mógł spowodować, że w wyniku swojej lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez brak przekazania informacji, które pozwoliłyby mu samodzielnie dokonać oceny sytuacji podmiotowej Wykonawcy w tym zakresie.

2.5. Wobec tego Wykonawca uznał za pożądane przeprowadzenie procedury samooczyszczenia celem niedopuszczenia do powtórzenia takiej sytuacji w przyszłości.

3. PODJĘCIE PRZEZ WYKONAWCĘ DZIAŁAŃ NAPRAWCZYCH I ZAPOBIEGAWCZYCH 3.1. Wykonawca c dokładnej analizy (audytu) okoliczności związanych z informowaniem Zamawiających o przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec, które mogły leć u podstaw wprowadzenia Zamawiającego w błąd. W związku z dokonaną analizą Wykonawca podjął i podejmuje działania mające na celu stałe podwyższenie standardów obowiązujących w spółce, tak aby wykluczyć lub co najmniej zminimalizować ryzyko wystąpienia w przyszłości sytuacji, w której Wykonawca nie przedstawiłby zamawiającym informacji dotyczących przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec, uniemożliwiając im tym samym dokonanie samodzielnej analizy sytuacji podmiotowej Wykonawcy. Celem audytu było ustalenie (i) przyczyny nieujawnienia informacji na temat przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec oraz nie załączenia w tym zakresie do oświadczenia JEDZ żadnej dodatkowej informacji, (ii) możliwych i niezbędnych zmian, które należy podjąć w celu uniknięcia analogicznych sytuacji w przyszłości, (iii) oraz innych czynności jakie racjonalnie należałoby podjąć w celu podniesienia standardów oraz usprawnienia procesów związanych z bieżącą działalnością Wykonawcy.

1) Przyczyny nieujawnienia ww. informacji wraz z oświadczeniem JEDZ

1.2 Wykonawca dokonał analizy przyczyn nieinformowania Zamawiającego o przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec i zidentyfikował główne czynniki, które miały wpływ na możliwość wprowadzenia tym sposobem Zamawiającego w błąd.

1.3 Mianowicie, Wykonawca nie przekazał Zamawiającemu wraz z oświadczeniem JEDZ informacji dotyczących przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec, ponieważ po przeprowadzonej przez Wykonawcę dogłębnej analizie zostało ustalone, że oba przypadki nie wchodzą w zakres zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, w związku z czym nie ma również potrzeby informowania o tych okolicznościach Zamawiającego.

1.4 Stanowisko Wykonawcy wynikało z tego, że w doktrynie oraz orzecznictwie prezentowane są stanowiska zobowiązujące wykonawców do informowania tylko o tych okolicznościach i zdarzeniach kontraktowych, które wchodziłyby lub mogłyby wchodzić w zakres zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Informacje na temat wszelkich innych nieprawidłowości, niespełniających w wyniku wstępnej oceny przesłanek tej podstawy wykluczenia, nie muszą, a nawet nie powinny być przekazywane zamawiającemu. (...) Wykonawca przenosząc powyższe rozważania i podnoszone stanowiska KIO i UZP do przedmiotowego przypadku uznał, że skoro zdarzenia powstałe w trakcie realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec nie wchodzą w zakres zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP (niewątpliwie brak łącznego spełnienia wszystkich przesłanek dla każdego z opisywanych zdarzeń), a dodatkowo jeszcze w dalszym ciągu nie doszło do rozstrzygnięcia przez niezależny sąd, czy w ogóle nałożone na Wykonawcę kary umowne zostały nałożone prawidłowo, to nie można uznać za zasadne branie pod uwagę art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP i informowanie o tych zdarzeniach Zamawiającego wraz z oświadczeniem JEDZ.

1.9 Wykonawca miał zatem uzasadnione podstawy, aby uznać, że nie jest zobowiązany do przedstawienia wraz z oświadczeniem JEDZ informacji dotyczących przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec. W wyniku przeprowadzonego audytu, Wykonawca doszedł do wniosku, że decyzja o nieprzedstawieniu informacji o okolicznościach realizacji ww. umów opierała się jednak na niewiążących stanowiskach i orzecznictwie, w związku z czym Wykonawca powinien był z ostrożności, celem zachowania pełnej rzetelności oraz transparentności przekazać te informacje Zamawiającemu już w trakcie składania oświadczenia JEDZ, nawet jeżeli w ocenie Wykonawcy nie mamy w tym przypadku do czynienia ze spełnieniem przesłanek z art. 109 ust. 1. Pkt. 7 PZP. Nie przedstawienie takich informacji pozbawiło Zamawiającego możliwości przeanalizowania przebiegu realizacji obu inwestycji oraz dokonania samodzielnej oceny sytuacji podmiotowej Wykonawcy w zakresie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, co może

być oceniane w kontekście art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy PZP.

1.10 Biorąc powyższe pod uwagę, Wykonawca wdrożył wewnętrzną politykę skrupulatnego badania podobnych sytuacji w przyszłości i informowanie zamawiających o karach umownych związanych z realizacją umów w szerszym zakresie niż to miało miejsce przed dokonaniem audytu.

2) Naprawienie szkody

3.3. Wykonawca w treści wyjaśnień z dnia 5 kwietnia 2024 r. oraz wyjaśnień uzupełniających z dnia 23 kwietnia 2024 r., przekazał Zamawiającemu w sposób kompleksowy oraz wyczerpujący wszelkie szczegóły dotyczące przebiegu realizacji ww. umów. Ponadto, wraz z pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. Wykonawca przekazał Zamawiającemu szereg dokumentów źródłowych. Zamawiający został zatem zapoznany ze szczegółami realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec mając tym samym pełen ogłęd sprawy oraz wiedzę umożliwiającą samodzielną ocenę sytuacji podmiotowej Wykonawcy.

3.4. Z uwagi na charakter przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP należy zatem uznać, że Wykonawca naprawił „szkodę”, która mogła powstać po stronie Zamawiającego w związku z nieujawnieniem wraz z oświadczeniem JEDZ szczegółów dotyczących przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec. 3) Wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z nieprawidłowym działaniem

3.5. Okoliczności związane z nieprzedstawieniem wraz z oświadczeniem JEDZ informacji dot. Umowy Sosnowiec i Umowy Mielec zostały przedstawione w sposób wyczerpujący w pkt. 2 niniejszego Pisma. 4) Podjęte środki techniczne, organizacyjne i kadrowe Pełna transparentności co do przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec

3.6. Wykonawca w niniejszym Postępowaniu oraz wszelkich przyszłych procedurach przetargowych przyjął zasadę pełnego informowania zamawiających o okolicznościach związanych z przebiegiem realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec i innych podobnych sytuacji, które mogą wystąpić w przyszłości, na jak najwcześniejszym etapie, tj. wraz z oświadczeniem JEDZ lub innym oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu.

3.7. Zgodnie z przyjętą zasadą, przekazywanie takich informacji na jak najwcześniejszym etapie postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zapewni zamawiającym możliwość dokonania pełnej i kompleksowej oceny sytuacji podmiotowej Wykonawcy, w tym ustalenia, czy okoliczności związane z przebiegiem realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec lub innych umów, uzasadnia zastosowanie wobec Wykonawcy art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. Działania organizacyjne i kadrowe

3.8. Z uwagi na charakter okoliczności, które legły u podstaw wprowadzenia Zamawiającego w błąd, które dotyczyły oceny potrzeby informowania Zamawiającego o wszelkich nieprawidłowościach jakie miały miejsce w czasie realizowanych przez Wykonawcę inwestycji, nie było potrzeby wyciągania konsekwencji personalnych wobec konkretnych osób zaangażowanych w realizację Umowy. Niemniej jednak, Wykonawca uczulił pracowników na konieczność przestrzegania wymagań wynikających z procedur opisanych w niniejszym piśmie, w tym w zakresie przekazywania na jak najwcześniejszym etapie postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. wraz z oświadczeniem JEDZ lub innym oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu, informacji na temat przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec. Dowód: Procedura obiegu informacji niezbędnych celem przygotowania dokumentów i informacji przedstawianych na potrzeby wykazania braku 9 podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Załącznik nr 1 do niniejszego Pisma).

Działania kontrolne i audytowe

3.9. Niezależnie od opisanych powyżej działań oraz z uwagi na zmieniające się otoczenie rynkowe i prawne Wykonawca na bieżąco monitoruje funkcjonowanie poszczególnych działów spółki w ramach struktur Wykonawcy oraz kontroluje przestrzeganie obowiązujących w spółce procedur, tak aby możliwe było niezwłoczne podejmowanie niezbędnych działań korygujących oraz usprawniających funkcjonowanie przedsiębiorstwa Wykonawcy.

4. PODSUMOWANIE

4.1. W ocenie Wykonawcy zawarte w niniejszym piśmie wyczerpujące wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych niepoinformowaniem w oświadczeniu JEDZ o przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec oraz Umowy Mielec, a także opis podjętych środków dla zapobiegania dalszym nieprawidłowościom w przyszłości potwierdza jednoznacznie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z zastosowaniem przez niego procedury samooczyszczenia zgodnie z art. 110 ust. 2 PZP.

4.2. Podjęte działania potwierdzają rzetelność Wykonawcy oraz pozwalają na wyeliminowanie lub przynajmniej znaczne ograniczenie ryzyka wystąpienia w przyszłości uchybień, które mogłyby doprowadzić do wprowadzenia innych zamawiających publicznych w błąd. W konsekwencji, podjęte działania naprawcze i zapobiegawcze pozwalają uznać, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.

4.3. Z uwagi na powyższe, Wykonawca wnosi o przyjęcie niniejszego pisma przez Zamawiającego i uznanie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu, uwzględniając w szczególności wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy, w sposób przejrzysty i wyczerpujący opisane w niniejszym piśmie.

4.4. W przypadku, gdyby jakikolwiek element niniejszego pisma Wykonawcy budził wątpliwości (co w ocenie Wykonawcy nie powinno mieć miejsca), to Wykonawca pozostaje gotowy, aby te wątpliwości wyjaśnić.”.

Wraz z ww. oświadczeniem Przystępujący złożył załącznik nr 1 tj. Procedurę obiegu informacji niezbędnych celem przygotowania dokumentów i informacji przedstawianych na potrzeby wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba oceniając treść ww. dokumentu uznała, że przeprowadzenie przez Przystępującego procedury samooczyszczenia nie było skuteczne. W ocenie Izby czynność ta była dokonana dla pozoru i „z ostrożności”. Wskazać bowiem należy, że Przystępujący w treści złożonego oświadczenia wielokrotnie wskazuje na istnienie ryzyka czy możliwości wprowadzenia w błąd, co budzi uzasadnione wątpliwości, czy wykonawca ten rzeczywiście uznał, że zaszły wobec niego podstawy wykluczenia z art 109 ust. 1 pkt 10) Pzp. Zdaniem składu orzekającego ze stanowiska Balzoli wynika raczej, że wskazuje ona na pewnego rodzaju prawdopodobieństwo wprowadzenia w błąd, starając się „uciec” od przyznania się do popełnienia błędu i uniknąć jednoznacznej odpowiedzi. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp nie posługuje się natomiast zwrotem „mógł wprowadzić w błąd”, lecz określeniem w formie dokonanej - „przedstawił informacje wprowadzające w błąd”. Skoro więc dany wykonawca decyduje się na procedurę samooczyszczenia w odniesieniu do danej podstawy wykluczenia, nie może kwestionować jej wystąpienia, ani poddawać go pod wątpliwość. Podkreślić natomiast należy, że zastosowanie instytucji samooczyszczenia jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 110 ust. 2 Pzp istnieje możliwość dokonania self-cleaningu. Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia. W związku z powyższym Izba uznała, że zachowanie Przystępującego i treść złożonego oświadczenia nie odpowiada wzorcowi wykonawcy decydującego się na skorzystanie z self-cleaningu.

Kolejno wskazać należy odnosząc się do powziętych przez Przystępującego środków zaradczych w postaci audytu wewnętrznego w celu ustalenia przyczyn nieujawnienia informacji dotyczącej realizacji umów na rzecz Gminy Miejskiej Mielec oraz Tramwajów Śląskich, zmian, które należy podjąć, aby uniknąć takich sytuacji w przyszłości i innych czynności zmierzających do podwyższenia standardów, że wykonawca ten w ślad za opisem działań nie przedłożył jakiegokolwiek dowodu świadczącego o wykonanym audycie, jego przebiegu. Nie sposób więc ocenić czy podjęte działania przyniosły efekt, oraz uchronią wykonawcę przed kolejnymi błędami w wypełnianiu dokumentów przetargowych. W ocenie Izby Balzola nie dokonała wyczerpującego wyjaśnienia okoliczności sprawy, w szczególności w odniesieniu do umów zawartych z Gminą Miejską Mielec oraz Tramwajami Śląskimi. Zauważyć bowiem należy, że Balzola w pkt 2.3. pisma z dnia 7 czerwca 2024 r. stwierdziła, że: „W treści wyjaśnień z dnia 5 kwietnia 2024 r. oraz wyjaśnień uzupełniających z dnia 23 kwietnia 2024 r. Wykonawca przedstawił Zamawiającemu kompleksową informację na temat przebiegu realizacji Umowy Sosnowiec i Umowy Mielec oraz zaistniałych w ich trakcie komplikacji. Zamawiający dysponuje już zatem pełnym opisem faktów okoliczności realizacji ww. umów.”. Jednakże, na co słusznie wskazywał Odwołujący, Balzola nie wykazała się w tym przypadku pełną współpracą i przedstawieniem kompletnego stanu faktycznego. Przykładowo w odniesieniu do Umowy Mielec przedstawiła złożony przez siebie pozew do Sądu Okręgowego w Rzeszowie. Transparentność wymagała jednak, aby Balzola przedstawiła również odpowiedź na pozew Gminy Miejskiej Mielec, co uczyniła dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Izba w składzie orzekającym stwierdziła ponadto, że wykluczenie ww. Przystępującego z postępowania winno nastąpić również w związku z zatajeniem informacji o Umowie Czernica. Podkreślić należy, że w odniesieniu do Umowy Czernica Balzola nie przeprowadziła bowiem self-cleaningu w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp. Okoliczności braku przeprowadzenia skutecznego self-cleaningu nie zmienia fakt, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 29 maja 2024 r. wskazał tylko i wyłącznie na dwie umowy. Rzetelny wykonawca mając wiedzę i świadomość, że w odniesieniu do żadnej z trzech umów nie zawarł w JEDZU pozytywnej odpowiedzi w zakresie kar umownych, chcąc przeprowadzić skutecznie procedurę samooczyszczenia winien również w tym zakresie podjąć próbę działań naprawczych. W konsekwencji Izba uznała, że ocena oferty Balzola jest zatem niekompletna i nieprawidłowa, aczynność samooczyszczenia jako dokonana dla pozoru i „z ostrożności”, nie była skuteczna.

Odnosząc się do zarzutu nr 6 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 znku, a także art. 16 pkt 1) Pzp, wskazać należy, że Izba uznała go za niezasadny.

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zauważyć, że aby w ogóle można było odrzucić ofertę z powodu złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest wykazanie naruszenia przepisów znku, do której art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp odsyła. Odwołujący powołał się na art. 3 ust. 1 znku, zgodnie z którym przesłankami czynu nieuczciwej konkurencji są: działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrożenie lub naruszenie przez to interesu innego przedsiębiorcy lub

klienta. Jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami Odwołujący wskazał na zaznaczenie w JEDZ Przystępującego odpowiedzi „NIE” na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”.

Izba uznała, że powyższe działanie Przystępującego, nie zagrażało oraz nie naruszało interesów Odwołującego. Brak jest bowiem podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący udzielając ww. odpowiedzi działał w celu zagrożenia lub naruszenia czyichś interesów. Ponadto nie można każdorazowo utożsamiać zdobycia przez danego wykonawcę pierwszej pozycji w rankingu ofert z jego działaniem polegającym na zagrażaniu lub naruszaniu interesów pozostałych wykonawców, których oferty znalazły się na dalszych pozycjach w tym rankingu, bo wówczas prawie każdy przypadek wyboru jako najkorzystniejszej oferty np. niezgodnej z warunkami zamówienia, z rażąco niską ceną, błędem w obliczeniu ceny, czy też oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu musiałby być automatycznie kwalifikowany jako stanowiący czyn nieuczciwej konkurencji. Tymczasem ustawodawca w art. 226 ust. 1 Pzp rozdzielił różne przesłanki, w tym te określone w pkt 2 lit. a), 5, 7, 8, co oznacza, że choć w szczególnych stanach faktycznych mogą one zachodzić łącznie, to jednak co do zasady stanowią odrębne podstawy odrzucenia oferty. Zatem sam fakt podania nieprawdziwych informacji w dokumencie JEDZ w ofercie uznanej za najkorzystniejszą nie świadczy automatycznie o działaniu zagrażającym lub naruszającym interesy innych wykonawców, których oferty nie zostały wybrane. Sytuacja taka świadczy bowiem o ziszczeniu się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. W konsekwencji Izba uznała, że samo nazwanie stanu faktycznego polegającego na podaniu informacji niezgodnej z rzeczywistością czynem nieuczciwej konkurencji nie może być uznane za skuteczne, bowiem aby można było dane zdarzenie uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, musi ono wywoływać negatywne skutki w sferze interesów czy to samego zamawiającego czy innych wykonawców. Ponadto taki stan faktyczny należałoby jeszcze ocenić przez pryzmat sprzeczności z prawem - prawo to należałoby jednoznacznie wskazać albo przez pryzmat dobrych obyczajów, które powinny być nazwane jednoznacznie w odwołaniu. Takiego wykazania jednak w odwołaniu zabrakło. Dlatego Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W konsekwencji powyższych rozważań Izba za zasadne uznała zarzuty nr 7 i 8 dotyczące naruszenia art. 239 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1) i 2) Pzp.

Izba, częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio 6/8 do 2/8. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 6/8 i Odwołującego w części 2/8.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie po 3 600 zł, a więc łącznie 23 600 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23 600 zł tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 5 900 zł (23 600 zł x 2/8). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 17 700 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....