

Sygn. akt:KIO 3703/23

WYROK

z dnia 21 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Członkowie: Elżbieta Dobrenko

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **W. S.** prowadzącego działalność gospodarczą po firmą **Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S.**, ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Liszki**, ul. Mały Rynek 2, 32-060 Liszki

przy udziale wykonawcy **M. J.** prowadzącego działalność gospodarczą po firmą **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MIKI" M. J.**, ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W. S.** prowadzącego działalność gospodarczą po firmą **Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 3703/23

Uzasadnienie

Gmina Liszki (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „Pzp”) pn. „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych z terenu gminy Liszki w okresie od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r.”, numer referencyjny: ZP.271.10.2023 (dalej „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 132-419800.

W dniu 30 listopada 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o odrzuceniu oferty wykonawcy **W. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S.** (dalej: „Odwołujący” lub „Wykonawca”) oraz o unieważnieniu Postępowania. Odwołujący wniósł odwołanie wobec tych czynności, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy z uwagi na nienależyte wykonanie przez niego innego zamówienia na rzecz Gminy Myszków, w związku z którym miało dojść do naliczenia wobec Wykonawcy kar umownych, w sytuacji gdy:

a) Odwołujący jako wykonawca usługi na rzecz Gminy Myszków konsekwentnie negocował (i robi to również obecnie) występowanie podnoszonych wobec niego nieprawidłowości w zakresie realizacji usługi, a także zasadność każdej z naliczonych kar umownych, nadto odsyłał bez księgowania wszelkie noty obciążeniowe wystawiane przez Gminę Myszków tytułem naliczonych kar umownych, a dotychczas brak jest w obrocie prawnym jakiegokolwiek

rozstrzygnięcia niezależnego organu lub sądu, które potwierdzałyby wystąpienie nieprawidłowości, których dotyczą naliczone kary, ich zaspokojenie zaś nastąpiło poprzez uruchomienie bezwarunkowej gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej na rzecz gminy Myszków, któremu Odwołujący (z uwagi na ową bezwarunkowość gwarancji) nie mógł w żaden sposób przeciwdziałać;

b)kary umowne naliczone przez Gminę Myszków – niezależnie od braku zasadności ich żądania – nie posiadają charakteru odszkodowawczego, w związku z czym nie mogą determinować występowania wobec Odwołującego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp;

c)ranga przypisywanych Odwołującemu nieprawidłowości przy realizacji zamówienia na rzecz Gminy Myszków – nawet przy przyjęciu, iż doszło do wykazania ich wystąpienia – w obliczu, tak postanowień, jak i realiów wykonywania umowy zawartej pomiędzy tą gminą a Odwołującym, nie może być kwalifikowana jako naruszenia „znaczne”, czy też „długotrwałe”;

2.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że wobec Odwołującego wystąpiła podstawa wykluczenia w sytuacji, gdy:

a)Zamawiający nie wskazał w treści uzasadnienia zaskarżonych czynności jakie konkretne, zindywidualizowane co do treści obowiązki zawodowe miał naruszyć Odwołujący w ramach realizacji zamówienia na rzecz Gminy Myszków;

b)Zamawiający w ogóle nie zebrał, a w konsekwencji nie przedstawił dowodów mających wykazać, iż zarzucane Wykonawcy nieprawidłowości przy realizacji umowy na rzecz Gminy Myszków faktycznie wystąpiły, a to z kolei uniemożliwia ustalenie, że do owych naruszeń doszło, jak również, że Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył swoje obowiązki zawodowe, co podważałoby jego uczciwość, w tym w szczególności przyjęcie, aby w wyniku zamierzonego jego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonywał zamówienie na rzecz Gminy Myszków;

c)nałożenie na Wykonawcę kar administracyjnych przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony w związku z gospodarowaniem odpadami przez Odwołującego nie mieści się w dyspozycji normy z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp, a co najwyższej mogłoby być rozpoznawane przez pryzmat podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp, która nie została przewidziana przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej;

3.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) oraz art. 16 pkt 3) i art. 253 ust. 1 Pzp poprzez niezasadne przyjęcie, że niepodanie przez Odwołującego w treści JEDZ informacji o naliczeniu mu przez Gminę Myszków kary umownej w związku z realizacją umowy na wykonywanie zamówienia publicznego, mogło mieć i miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania, w sytuacji gdy należycie (prawidłowo) oceniona okoliczność, którą miał zataić Odwołujący w istocie pozostawała bez znaczenia dla rozstrzygnięcia Postępowania, albowiem nawet w przypadku jej ujawnienia w JEDZ nie doprowadziłaby do aktywowania się wobec Wykonawcy przesłanki wykluczenia, a tym samym była ona obojętna dla decyzji Zamawiającego, które podjął on lub mógł podjąć w toku Postępowania;

ewentualnie i z daleko idącej ostrożności procesowej:

4.art. 110 ust. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz 10) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Odwołującego w sytuacji, gdy niepodanie przez niego informacji o karze umownej naliczonej wobec niego przez Gminę Myszków jako działanie mogące być kwalifikowanym za „nieprawidłowe postępowanie”, o którym mowa w art. 110 ust. 2 Pzp, po pierwsze nie wywołało żadnej szkody po stronie Zamawiającego, a po drugie Odwołujący w toku Postępowania przedstawił swoje stanowisko w tej sprawie i wyczerpująco wyjaśnił okoliczności związane z podjęciem takiego zachowania przyczyniając się do jego należytego wyjaśnienia;

w każdym zaś razie:

5.art. 260 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 3) Pzp poprzez unieważnienie Postępowania w sytuacji, gdy niepodlegający wykluczeniu Odwołujący jako wykonawca złożył ofertę opiewającą na cenę, która nie przekracza kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

1)merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego Odwołania i jego uwzględnienie;

2)nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania,

b)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

c)dokonanie ponownej oceny oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najwyższej ocenionej;

3)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wedle norm prawem

przewidzianych.

W opisie stanu faktycznego Odwołujący wskazał, że w toku badania jego oferty pod kątem braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w Postępowaniu, Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) Pzp. W części III JEDZ, w sekcji C pn. „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”, na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” Odwołujący udzielił odpowiedzi: „Nie”. Tymczasem zgodnie z informacjami posiadanymi przez Zamawiającego Gmina Zielonki obciążyła wykonawcę Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. karą umowną w wysokości 800 000,00 zł z tytułu nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego nr NEO.271.2.2021 z dnia 17 grudnia 2021 r., pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych niesegregowanych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości rekreacyjnowypoczynkowych z terenu gminy Zielonki” (znak sprawy: NEO.271.1.2021). W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 29 sierpnia 2023 r. wezwał Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w związku z powstałymi wątpliwościami. Wykonawca udzielił odpowiedzi, w której obszernie podał podstawy swojego działania odnośnie udzielenia takiej, a nie innej odpowiedzi w treści JEDZ. W toku dalszego badania Zamawiający powziął dalsze wątpliwości na tym samym co poprzednio tle. Tym razem jednak jego zainteresowanie orbitowało wokół innego zamówienia realizowanego w przeszłości przez Wykonawcę. Jak twierdził Zamawiający, w dniu 5 września 2023 r. powziął on, z nieujawnionego źródła informację o tym, że gmina Myszków jako zamawiający obciążyła wykonawcę. Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. karą umowną w wysokości 433 100,00 zł z tytułu nie wykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. stwierdzonego przez Gminę Myszków nienależytego wykonania przedmiotu umowy zgodnie z zasadami i standardami świadczenia usługi – odbiór odpadów niezgodny z harmonogramem. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 9 września 2023 r. ponownie wezwał Wykonawcę w trybie art. 128 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w związku z powstałymi wątpliwościami. Również tym razem Wykonawca udzielił odpowiedzi, w której dokładnie przedstawił motywy swojego postępowania, a także podłożył faktyczne oraz prawne związane z roszczeniami wyprowadzonymi przez gminę Myszków w związku z realizacją usługi na jej rzecz. W konsekwencji przeprowadzonego badania Zamawiający zawiadomieniem z dnia 20 września 2023 r. poinformował Wykonawcę o odrzuceniu jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) oraz 10) Pzp. Na skutek odwołania Wykonawcy od ww. czynności Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 17 października 2023 r. w sprawie sygn. akt: KIO 2904/23 uwzględniając odwołanie Wykonawcy nakazała unieważnić zaskarżone czynności oraz powtórzenie czynności badania o oceny ofert. Zamawiający po ponownej ocenie ofert w dniu 30 listopada 2023 r. poinformował biorących udział w postępowaniu wykonawców o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego wobec stwierdzenia po jego stronie podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) oraz 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp. Jednocześnie Zamawiający poinformował o podjętej czynności unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że najniższa zaproponowana cena za realizację zamówienia przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w sposób błędny przyjął, że wobec Wykonawcy aktywowała się przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. O jej pojawieniu się mają zdaniem Zamawiającego świadczyć stwierdzone przez niego i opisane w informacji o odrzuceniu oferty Wykonawcy i unieważnieniu Postępowania z dnia 30 listopada 2023 r., nieprawidłowości w zakresie realizacji przez Odwołującego zamówienia na rzecz Gminy Myszków, które doprowadziły do naliczenia przez tego zamawiającego kar umownych w łącznej kwocie 433.100,00 zł. Zamawiający myli się co najmniej co do dwóch kwestii, mianowicie, że: 1) miało w ogóle miejsce nienależyte wykonanie umowy po stronie Odwołującego, 2) nawet gdyby miało miejsce nienależyte wykonanie umowy, na które wskazuje Zamawiający, mogłoby być uznane za podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Faktem jest, iż Gmina Myszków naliczyła wobec Wykonawcy w toku realizacji dwuletniej umowy większą ilość umownych kar jednostkowych, które łącznie mogły osiągnąć sumę w wysokości 433.100 zł. Co jednak bardziej istotne, to fakt, że Wykonawca nigdy nie uznał żadnej z tych kar, konsekwentnie odsyłał wszelkie noty obciążeniowe przesyłane przez Gminę, jak również dobrowolnie nie zapłacił jakiegokolwiek nawet części zgłoszonego roszczenia, lecz jako zamawiający w celu zaspokojenia ww. należności skorzystała w sposób bezpodstawny z bezwarunkowej gwarancji zabezpieczającej wykonywanie umowy udzielonej przez podmiot trzeci, poprzez co uzyskała w sposób faktyczny zaspokojenie podniesionych żądań finansowych. Gmina Myszków nigdy nie odstąpiła od umowy z Wykonawcą, mimo iż do naruszeń po stronie Wykonawcy miało dochodzić na przestrzeni niemalże całego, dwuletniego okresu obowiązywania umowy na realizację zamówienia. Opisane zdarzenia doprowadziły natomiast do powstania sporu pomiędzy stronami. Aktualnie Wykonawca zlecił profesjonalistom zainicjowanie właściwego postępowania w tym przedmiocie, którzy we współpracy z Wykonawcą gromadzą i analizują dokumenty niezbędne do należytego opracowywania pozwu, który zainicjuje stosowne postępowanie przed uprawnionym sądem powszechnym, mające na celu zapłatę bezprawnie zatrzymanych przez Gminę Myszków środków, stanowiących należne wynagrodzenie za zrealizowanie zamówienia

publicznego, wobec stwierdzeniu, że nakładane kary umowne są w całości bezpodstawne. Kwestia kar umownych żądanych od Wykonawcy przez Gminę Myszków nie była dotychczas przedmiotem rozpoznania ani przed sądem powszechnym, ani administracyjnym ani też jakimkolwiek organem administracji państwowej, co skutkuje tym, że w obrocie prawnym brak jest obecnie orzeczenia legitymującego się przymiotem powagi rzeczy osądzonej. Sprawa sporu powstałego pomiędzy stronami, a tym samym również oceny ewentualnej zasadności (jej braku) twierdzeń gminy Myszków nie została dotychczas rozstrzygnięta. Biorąc zaś pod uwagę jej skomplikowany tak prawnie jak i faktycznie stan, trudno dawać wiarę temu, aby Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, traktując ją jako zagadnienie o charakterze wypadkowym, był w stanie w sposób należyty ją rozpoznać i ocenić. Tym bardziej, że Zamawiający nie dysponuje w tym przedmiocie jakimkolwiek obiektywnym materiałem dowodowym, bazując w zasadzie w całości na oświadczeniach własnych gminy Myszków, do których zaliczyć należy noty obciążeniowe wystawione z tytułu rzekomych nieprawidłowości, których miał się dopuścić Wykonawca, a które nie zostały dowiedzione. Całość uzasadnienia Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy z uwagi na normę z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp orbituje wokół dogmatycznych rozważań związanych z wykładnią przywołanego przepisu. Zamawiający w żadnym punkcie swojego stanowiska nie wykazuje natomiast jakie konkretnie dowody (poza jednostronnymi i gołosłownymi twierdzeniami Gminy Myszków), miałyby stanowić podstawę do uznania, że naliczone kary umowne znajdują oparcie w faktach. Stanowisko Gminy Myszków o słuszności i prawidłowości naliczenia kar, nie korzysta z domniemania prawdziwości, czy też nie legitymuje się walorem rozstrzygnięcia o charakterze równym lub choćby zbliżonym do decyzji administracyjnej wydanej w konkretnej sprawie. Wobec faktu, iż spór powstał na gruncie wykonywanej umowy, stanowisko każdej ze stron konfliktu ma jednakową wagę, tj. żaden z podmiotów nie posiada wobec drugiego swoistej „dominacji głosu”. W relacji wobec siebie oba podmioty – a wobec tego siła twierdzeń każdego z nich – są równorzędne, co wynika z podstawowych zasad rządzących stosunkiem obligacyjnym związanym w myśl przepisów prawa cywilnego. W konsekwencji, do czasu wydania w tym przedmiocie orzeczenia sądowego (bądź innego legitymującego się przymiotem władztwa publicznego), czy choćby zaprezentowania dowodu obiektywnie potwierdzającego wystąpienie zdarzeń spoczywających u podstawy naliczenia kar umownych, nie jest uprawnionym przyjmowanie jakoby którakolwiek kara umowna nałożona na Wykonawcę w związku z wykonywaniem zamówienia na rzeczminy Myszków została „nałożona” na Wykonawcę w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych. Póki co mamy co najwyżej do czynienia z jej „naliczeniem” i zgłoszeniem roszczenia przez gminę, którego zasadności nie potwierdził ani sam Wykonawca, ani żaden podmiot uprawniony mocą ustawy do rozstrzygania sporów powstałych na gruncie stosunków obligacyjnych. Nie potwierdzają go również niezależne, obiektywne i jednoznaczne w swej treści dowody (takich bowiem brak), zaś Odwołujący konsekwentnie i z całą mocą zaprzecza jakoby do przypisywanych mu naruszeń w ogóle dochodziło. Następnie Odwołujący podał, że jak wskazuje tytuł części III, sekcja C JEDZ „Podstawy wykluczenia” dotyczy ona przedstawienia Zamawiającemu okoliczności o faktach, które pozwolą mu dokonać jednoznacznych ustaleń, czy wobec danego wykonawcy (składającego oświadczenie w formie JEDZ) występuje któraś z przesłanek wykluczenia określona w przepisach Prawa zamówień publicznych i dokumentach zamówienia. W przypadku dotyczącym niniejszego zarzutu chodzi natomiast o tzw. fakultatywną przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, przewidzianą przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia w związku z toczącym się Postępowaniem. Stosownie do treści przywołanego przepisu 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: 1) wypowiedzenia lub 2) odstąpienia od umowy, 3) odszkodowania, 4) wykonania zastępczego lub 5) realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przewidziany przez prawodawcę zbiór podstaw wykluczenia ma charakter wyczerpujący (zamknięty), co oznacza, że nie może być interpretowany rozszerzająco. Zamawiający mają zatem zakaz swoistego „rozciągania” jego stosowania na przypadki zbliżone, czy podobne do wprost uregulowanych w jego treści. Brak w niej ustanowienia przesłanki wcześniejszego obciążenia karą umowną wykonawcy, jako zdarzenia uzasadniającego jego wykluczenie w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący podniósł, że mając na uwadze rodzaj i charakter naruszeń w związku, z którymi naliczone zostały przez Gminę Myszków kary umowne – nawet gdyby uznać, że do naruszeń faktycznie doszło - dojść należy do przekonania, że żadna z nich nie ma charakteru odszkodowawczego, albowiem z żadnym z nich nie wiąże się jakakolwiek strata materialna odpowiadająca pojęciu szkody. Ewentualne twierdzenia wyprowadzane w tym zakresie przez Zamawiającego nie zostały poparte jakimkolwiek dowodem. Żaden z nich nie podaje również jakich rozmiarów miałyby to być szkoda, a także z jakich dokumentów wywodzi jej istnienie. Nieprawidłowe jest stanowisko Zamawiającego, wyrażone na stronie 7 uzasadnienia zaskarżonych czynności, gdzie Zamawiający podnosi: „W kontekście powyższego Zamawiający zwrócił się do Gminy Myszków w przedmiocie wyjaśnienia okoliczności obciążenia Wykonawcy karami umownymi. W odpowiedzi Gmina Myszków potwierdziła, że dysponowała materiałem dowodowym, który stanowił o naruszeniu obowiązków umownych, które spowodowały po stronie Gminy Myszków powstanie szkody.” Pytaniem bez odpowiedzi, pozostaje to, o jakiego rodzaju dowody chodzi oraz z jakiego powodu nie zostały one przekazane, czy udostępnione Zamawiającemu, a następnie zaprezentowane jako podstawa do czynności wykluczenia Odwołującego w ramach niniejszego Postępowania. Poprzestanie wyłącznie na twierdzeniu, iż gmina „dysponowała materiałem dowodowym” bez jego ujawnienia, potwierdza

w istocie wyłącznie stanowisko Wykonawcy o gołostowności zarzutów podnoszonych przez Gminę Myszków względem Odwołującego. Brak owych materiałów równie pustymi czyni także działania samego Zamawiającego, który nie dopełnia obowiązku wykazania naruszeń, z których wywodzi negatywne skutki prawne wobec Wykonawcy. Wobec okresu na jaki zawarta została umowa z gminą Myszków (2 lata), łącznego maksymalnego wynagrodzenia, które było przewidziane w związku z jej realizacją (15.769.126,81 zł), ilości zadeklarowanych nieruchomości, od których odpady w związku ze świadczeniem usługi były odbierane (2.500 domostw), ilości wszystkich rozstawionych pojemników na terenie gminy niezależnie od ich kubatury (ponad 13.000 szt.), ilość dokonywanych zbiórek odpadów w skali każdego miesiąca (ponad 220 zbiórek w każdym miesiącu), sumy wszystkich czynności wykonawczych składających się na realizację zamówienia, nie można twierdzić, że zgłoszona przez Gminę Myszków ilość i rodzaj przypadków nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę – nawet gdyby polegała na prawdzie – mogła zostać uznana za długotrwałą lub naruszającą postanowienia umowy w stopniu znacznym. I w tym zatem zakresie Zamawiający błędnie ocenił i zinterpretował zastosowaną niesłusznie przesłankę wykluczenia. Dobitnie świadczy zresztą o tym postawa Gminy Myszków. Mimo, iż – jak twierdzi Zamawiający w niniejszym Postępowaniu – do naruszeń (i to istotnych) miało dochodzić na przestrzeni niemalże całego okresu umowy obejmującego przestrzeń dwóch lat, to Gmina Myszków nigdy nie odstąpiła od umowy z Wykonawcą. Nie doszło nawet do sytuacji, w której gmina miałaby wystosować względem Odwołującego choćby zapowiedź takiego działania. Pomijając wcześniejsze rozstrzygnięcie Izby w ramach niniejszego Postępowania – w ostatnim czasie, bazując na tożsamy materiałach dowodowych, Krajowa Izba Odwoławcza jeszcze dwukrotnie wypowiadała się o okolicznościach realizacji przez Odwołującego zamówienia na rzecz gminy Myszków w kontekście podstaw wykluczenia, tak z art. 109 ust. 1 pkt 7) jak i 5) Pzp. Za każdym razem stwierdzając, iż nie sposób przypisać którąkolwiek z nich po stronie Odwołującego. Kwestią była przedmiotem rozstrzygnięcia Izby z dnia 11 października 2023 r. sygn. akt: KIO 2828/23, a także wyroku z dnia 25 października 2023 r. wydanego w połączonych sprawach o sygn. akt: KIO 2969/23 oraz KIO 2970/23.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp Odwołujący wskazał, że wobec tożsamości podstawy faktycznej, na którą powołuje się Zamawiający przy okazji zastosowania wobec Odwołującego przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 5) oraz 7) Pzp, rozważania Wykonawcy dotyczące braku wykazania samych naruszeń w zakresie realizacji zamówienia na rzecz Gminy Myszków, pozostają aktualne również na potrzebę wykazania zasadności zarzutu obrazy normy z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp. W uzasadnieniu zaskarżonych czynności, po stronie Zamawiającego widoczny jest brak refleksji na temat tego, czy w ogóle doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy. Brak w tym zakresie „stosownych dowodów”, których posiadania, a tym samym przedstawienia wymaga od Zamawiającego zapis normy z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp. Dokładna analiza uzasadnienia zaskarżonych czynności odnosząca się do omawianej podstawy wykluczenia dowodzi, że Zamawiający w ogóle zaniechał również ustaleń na temat tego, przeciwko jakim konkretnie powinnościom zawodowym Odwołujący miał wykroczyć swoim zachowaniem/zaniechaniem, a także jakie znaczenie mogło to mieć z punktu widzenia jego „uczciwości”. Ogólne stwierdzenie o tym, że: *„Podstawowym obowiązkiem zawodowym przedsiębiorcy jest prowadzenie działalności gospodarczej zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wymogami branżowymi.”* jest o tyle niewystarczające co nietrafione. „Obowiązek zawodowy”, o którym mowa w treści art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp nie jest tożsamy i nie może być sprowadzony do obowiązku przestrzegania przez przedsiębiorcę przepisów prawa. Gdyby ustawodawca miał w zamiarze w ten sposób wyartykułować podstawę wykluczenia, wówczas dałby temu wyraz z brzmieniem przepisu obejmującego jej treść. Tak się jednak nie stało. Prawodawca nie wskazuje jako przesłanki podstawy wykluczenia na „naruszenie przepisów prawa”, a na „naruszenie obowiązków zawodowych” i to w stopniu „poważnym”, a nie jakimkolwiek. Zamawiający musi je tym samym należyście zidentyfikować, ustalić oraz w sposób poprawny przypisać im należyłą rangę. Pewnego rodzaju wyznacznikiem przy rekonstrukcji powinności o charakterze zawodowym winny być w pierwszej kolejności: 1) akty prawne regulujące funkcjonowanie danego zawodu, 2) zbiory deontologii zawodowej, czy 3) zasady etyki ustalane dla określonych zawodów. W tego typu zbiorach poszukiwać należy obowiązków zawodowych. Każdorazowo stosując jednak podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp, każdy zamawiający winien powołać się na konkretną powinność zawodową, a nie w sposób ogólny odwoływać się do konieczności przestrzegania przepisów prawa przez wykonawców. Punktem wyjścia jest bowiem wyodrębnienie stosownej powinności zawodowej. Brak tego zabiegu po stronie Zamawiającego czyni jego działania wadliwymi. Za chybione uznać zaś należy uznanie, jakoby nałożenie na Odwołującego kar administracyjnych przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska może być kwalifikowane jako omawiana podstawa wykluczenia. W tym zakresie dostępne jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane przy okazji wyroku z dnia 11 października 2023 r. sygn. akt: KIO 2828/23, które przedstawione zostało po analizie dokładnie tych samych decyzji administracyjnych.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz 10) Pzp Odwołujący w ślad za Zamawiającym odniósł się do obydwu przesłanek wykluczenia, stwierdzając, że W. S. składając wymagany przez Zamawiającego JEDZ, w części III, lit. C 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?”, udzielił odpowiedzi negatywnej, do czego był uprawniony. Jak wskazuje tytuł części III, sekcja C JEDZ „Podstawy wykluczenia” dotyczy ona przedstawienia Zamawiającemu okoliczności o faktach, które pozwolą mu dokonać jednoznacznych ustaleń, czy wobec danego wykonawcy (składającego oświadczenie w formie JEDZ) o tzw. fakultatywne przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) Pzp, użyte przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Trudno zatem negować, że odpowiedź udzielana na pytanie zawarte w JEDZ winna być (i funkcjonalnie niewątpliwie jest) powiązana z treścią przepisów z art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) Pzp, przy czym z pewnością ściślejsze powiązanie zachodzi z przesłanką z pkt 7) przywołanego przepisu. Powyższe oznacza, że składając stosowne oświadczenie w JEDZ, Odwołującym obowiązek udzielenia odpowiedzi na postawione w tym dokumencie pytania, odnosząc się do ściśle określonych przez ustawodawcę i Zamawiającego przesłanek wykluczenia z postępowania, a nie w sposób całkowicie abstrakcyjny. JEDZ stanowi bowiem oświadczenie Wykonawcy odnośnie zaistnienia podstaw do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W każdym więc przypadku oświadczenie składane przez wykonawców musi być interpretowane przez pryzmat tych podstaw, które wskazane zostały w ustawie, a następnie dokumentacji zamówienia. Odwołujący podniósł, że znane mu jest również tożsame stanowisko Izby zaprezentowane w uzasadnieniu do wyroku z dnia 14 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 449/22, gdzie wskazane zostało, iż: „Pytanie wskazane w JEDZ jest proste, a jego formuła dotyczy obiektywnych zdarzeń i daje zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia czy problemy, na które natknął się wykonawca w toku realizacji innych inwestycji są na tyle poważne i na tyle wpływają na obraz wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Weryfikacja ta nie będzie możliwa, jeżeli wykonawca nie dokona notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ. W szczególności, że udzielenie pozytywnej odpowiedzi na sporne pytanie nie oznacza automatycznego wyeliminowania wykonawcy z postępowania, co będzie możliwe dopiero po stwierdzeniu przez zamawiającego zaistnienia wszystkich przesłanek podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Niemniej, w sytuacji, w której wykonawca nie uznaje się za podlegającego eliminacji, nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o określonych w omawianym pytaniu zdarzeniach (nie zaś o całej historii kontraktowej).” Zdaniem Odwołującego na omawiany problem wypada spojrzeć szerzej, tj. biorąc pod uwagę niewyartykułowane, a być może również niedostrzeżone dotychczas przez KIO konsekwencje, które immanentnie i nieodzownie wiążą się z przyjęciem wyżej przytoczonego poglądu. Należy także zauważyć, że aktualnie obowiązująca ustawa Prawo zamówień publicznych ma stosunkowo krótki okres obowiązywania, zaś praktyka jej stosowania, a tym samym sposób wykładni przepisów wciąż się kształtuje. Trudno przy tym twierdzić, aby w zakresie interpretacji i stosowania podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz 10) Pzp istniała już ugruntowana przez lata linia orzecznicza, co niewątpliwie pozwala obecnie korygować/rozbudowywać wyrażone przez KIO w przeszłości zapatrywania interpretacyjne, do czego Odwołujący zachęca i na okoliczność czego przedstawia poniżej stosowne argumenty. Przywołane wyżej stanowisko KIO – choć nie pozbawione racji – wiąże się z koniecznością automatycznego uznania za istniejące pewnych założeń. Po pierwsze zakłada ono, że w oświadczeniu JEDZ istnieje możliwość dokładnego wyjaśnienia przez wykonawcę wszystkich okoliczności związanych ze zdarzeniami związanymi z realizacją wcześniejszych umów, które nawet jeśli finalnie nie mogą być uznane za podstawę do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) lub 7) Pzp, to wobec swoistego „orbitowania” wokół tych podstaw, winny znaleźć się również w kręgu zainteresowań i ocen samego Zamawiającego, tak aby mógł on samodzielnie podjąć decyzję w zakresie rzetelności potencjalnego wykonawcy. Innymi słowy Zamawiający winien uzyskać szansę do tego, aby samodzielnie zweryfikować (ocenić) wszystkie zdarzenia, luźniej bądź ściślej powiązane z przewidzianymi w dokumentacji przetargowej podstawami wykluczenia. Obowiązkiem każdego wykonawcy byłoby natomiast je prawidłowo zidentyfikować i lojalnie awizować przed przystąpieniem przez zamawiającego do podejmowania jakichkolwiek decyzji w toku prowadzonych postępowań przetargowych. Powyższe założenie, choć dające się zrozumieć u podstaw jego przyjęcia, nie może jednak bez wyjątków funkcjonować w praktyce z uwagi na jego zbyt idealistyczny charakter. Przede wszystkim częstokroć zdarzenia, w oparciu o które dochodzi do sporów pomiędzy stronami na gruncie realizacji konkretnego zamówienia mają bardzo skomplikowany i złożony charakter. Zazwyczaj zaś sam spór osadza się na twierdzeniach dotyczących niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez jedną ze stron, bądź obie z nich. Postępowania sądowe jakie są inicjowane w ich wyniku (jeśli już do nich dochodzi) ciągną się częstokroć latami, w ich toku przeprowadzanych jest szereg dowodów, w tym analiza dziesiątek dokumentów, przesłuchania licznych świadków, opinie biegłych, eksperymenty procesowe etc. Już tylko z tej przyczyny stosunkowo zwięzłe przedstawienie w JEDZ każdej tego typu sytuacji do jakiej doszło po stronie wykonawcy przy okazji realizacji innego zamówienia, bardzo często jest po prostu niemożliwe. Gdy brak jest w obrocie prawnym swoistego rozstrzygnięcia/przesądzenia samej zasady co do okoliczności spornych (jak wyrok sądowy, decyzja administracyjna, zawarta przez strony ugoda, nagranie video i in.), tj. ustalenia czy dana nieprawidłowość po jednej ze stron miała w ogóle miejsce, czy też nie, zamawiający w toku postępowań o udzielenie zamówienia częstokroć zobligowani byłiby do prowadzenia skomplikowanych procesów wyjaśniających, aby w sposób prawidłowy dokonać oceny w zakresie możliwych podstaw wykluczenia. Z bieżącej praktyki prowadzenia działalności gospodarczej Odwołującemu znane są wcale nierzadkie sytuacje, w których gminy jako strony umów, mimo braku rzeczywistych podstaw ku takiemu działaniu, postulują po stronie wykonawcy usługi szereg naruszeń, wyłącznie w celu obniżenia po swojej stronie kosztów jej realizacji, bądź oddalenia w czasie obowiązku zapłaty, kredytu

w ten sposób swoje funkcjonowanie na osobie wykonawcy. Aby zaś doprowadzić do stanu, w którym zamawiający będzie miał pełną wiedzę, która umożliwiłaby wszechstronną analizę, stanowiącą warunek *sine qua non* prawidłowej oceny, niezbędnym byłoby w praktyce toczenie przez niego skomplikowanych i czasochłonnych czynności wyjaśniających. W toku postępowań przetargowych, których podstawowym celem jest realizacja określonej (zazwyczaj bieżącej) potrzeby zamawiającego, nie ma natomiast niezbędnej przestrzeni na takie działania. Nie sposób zaś przyjąć, aby analiza zamawiającego mogła mieć jedynie pobieżny charakter. Takie założenie rodziłoby zbyt wiele niebezpieczeństw. Poczynając od błędnego jej wyniku, a kończąc na stworzeniu ogromnego pola do nadużyć po stronie zamawiających, co z kolei odbiłoby się negatywnie na stosowaniu w praktyce zasad przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców. Instytucja wykluczenia wykonawcy z postępowania, z uwagi na jej bardzo daleko sięgające następstwa, winna być w praktyce stosowana absolutnie wyjątkowo. Co więcej wyłącznie w sytuacjach niebudzących wątpliwości, jednoznacznych i obiektywnie sprawdzalnych. W tym wypadku, jeśli zbyt wielką wagę nada się czynionej przez zamawiających ocenie, praktyka stosowania instytucji wystrzeżać. W związku z wykluczeniem z postępowania pozostaje również konsekwencja w postaci zakazu uczestniczenia w kolejnych postępowaniach przetargowych. Zbyt pochopne korzystanie przez zamawiających z tej sposobności prowadzić będzie do ograniczenia konkurencji oraz znaczącego rozbudowania ilości czynności wyjaśniających w związku z podejmowanymi przez wykonawców próbami samooczyszczenia. Swoiste przyznanie zamawiającym kompetencji do samodzielnej oceny sytuacji związanych z zagadnieniem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawców, prowadzi do nadania im w ramach prowadzonych postępowań przetargowych roli arbitra (quasi-sądu), który – jakby nie próbował przeczyć tej okoliczności – przyznaje z mocą wiążącą (przynajmniej w ramach prowadzonego przez siebie postępowania) rację jednej ze stron sporu (jeśli oczywiście mamy z nim do czynienia i jest on pewnego rodzaju ostrożnością i zapobiegliwością, zamawiający skorzy będą bardziej do profilaktycznego odrzucania wykonawców w sytuacjach niejednoznacznych, aby nie narazić się na zarzut podejmowania współpracy z wykonawcami nierzetelnymi, wobec których inna gmina jako zamawiający podniosła, mniej lub bardziej (albo w ogóle) uzasadnione zastrzeżenia. Przyjęcie opisanej wyżej praktyki postępowania nie zasługuje na aprobatę. Zamawiający jako podmiot prowadzący postępowanie w celu udzielenia zamówienia nie powinien być wikłany w nierozstrzygnięte spory. Nie posiada bowiem w tym zakresie żadnych prerogatyw orzeczniczych nadanych mocą powszechnie obowiązujących przepisów, ani, częstokroć koniecznych wiedzy i kompetencji. Warto także raz jeszcze podkreślić, że wykluczenie z postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, mimo iż nie wiąże się z wydaniem żadnego aktu w postaci decyzji administracyjnej, czy orzeczenia o mocy wyroku sądowego, *de facto* nakłada na wykonawcę konkretną sankcję, o której mowa w art. 111 Pzp. Jej wystąpienie musi być zatem każdorazowo oparte o konkretne i nie budzące wątpliwości podstawy. Wykonawca składając oświadczenie w formie JEDZ ma oczywiście obowiązek dokonać tej czynności w sposób zgodny z prawdą i nie wprowadzający w błąd. Nie może jednak czynić tego w oderwaniu od podstaw wykluczenia uregulowanych przez ustawodawcę i przeniesionych przez zamawiającego do treści dokumentacji zamówienia. Tym samym w zakresie omawianej części JEDZ, która istotna jest z punktu widzenia podstaw wykluczenia, w tym przede wszystkim tych objętych dyspozycją art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) PZP, należy przyjąć zasadę, iż wykonawca ma obowiązek wskazać jedynie te sytuacje niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, które mają obiektywnie charakter jednoznaczny i pewny, tj. przede wszystkim takie, których wystąpienie zostało potwierdzone w wyniku rozstrzygnięcia sądowego, ugody pomiędzy stronami, uznania ze strony wykonawcy jako podmiotu realizującego zamówienie, decyzji administracyjnej, dokumentu urzędowego, a także każdego, innego dowodu świadczącego niezbicie o wystąpieniu danego naruszenia, względnie innej podobnej czynności, której można przypisać walor obiektywizmu i wiarygodności. W żadnym razie za dowód wystąpienia zdarzenia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (niezależnie nawet od jego zakresu i rodzaju) nie można w tym miejscu uznawać jednostronnych oświadczeń, czy podobnych rodzajowo dokumentów opracowanych wyłącznie przez innego zamawiającego w ramach wcześniejszego zamówienia, jak np. oświadczenie o naliczeniu kary umownej, bez wcześniejszego wykazania podstawy do dokonania tej czynności. W sytuacji zatem gdy wykonawca jako strona umowy i jej realizator konsekwentnie i od samego początku kwestionuje jakoby miał dopuścić się niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a brak jest dowodów wykazujących fakt odmienny, nie jest uprawnionym wymaganiem od niego by w JEDZ informował zamawiającego o takiej okoliczności w części dotyczącej występowania/braku podstaw wykluczenia. Z uwagi bowiem na nierozstrzygnięty i niepotwierdzony charakter sprawy, wymaganiem od wykonawcy aby „profilaktycznie” wytłumaczył się przed zamawiającym z tej sytuacji, jest nieuzasadnione i co najmniej przedwczesne. Pojawiające się przy tym w orzeczeniach Izby stanowisko, jakoby samo awizowanie okoliczności dotyczących zagadnienia „nieprawidłowości w realizacji” innego zamówienia nie jest jednoznaczne z koniecznością wdrażania procedury samooczyszczenia, nie wydaje się być trafne. W przypadku bowiem wymieniania przez wykonawców w JEDZ wszystkich przypadków nieprawidłowości w wykonywaniu innych zamówień (nawet niepotwierdzonych, czy też wręcz faktycznie nieistniejących, a jedynie zarzucanych przez innego zamawiającego), wykonawca, który zgłosi taką okoliczność zostanie zobligowany do usprawiedliwiania swojej osoby i wyjaśniania Zamawiającemu dlaczego mimo wystąpienia takich zdarzeń winien nie być wykluczony z postępowania. Mimo że wyjaśnienia te w sposób formalny mogą nie wypełniać definicji samooczyszczenia, w praktyce sprowadzać się będą do tego samego celu. Jednocześnie ciężar oczyszczenia się z wszelkich podejrzeń spadnie w tym wypadku na wykonawcę, którego owe zarzuty dotyczą. Tym samym przytoczone wyżej zapatrywanie wyrażone przez Izbę tworzy

zatem pewnego rodzaju procedurę zbliżoną do samooczyszczenia, ale w istocie nią nie będącą. Ustawa nie przewiduje natomiast takiego trybu. Procedura samooczyszczenia została przewidziana przez ustawodawcę dla podmiotów, wobec których mamy do czynienia z potwierdzonymi przypadkami wcześniej popełnionych uchybień. Kiedy zaś owego potwierdzenia brak, trudno wymagać od wykonawców, aby mieli oczyszczać swoje dobre imię, czy choćby tłumaczyć się ze zdarzeń, w których faktycznie brak podstaw dla możliwości pociągnięcia ich do odpowiedzialności. Odmienne interpretacja omawianych regulacji posuwa się zbyt daleko, nakładając na wykonawców obowiązki w nadmiernych, a przede wszystkim nie osadzonych w obowiązujących przepisach rozmiarach. To zaś godzi otwarcie w zasadę proporcjonalności postępowania. W ocenie Odwołującego nieprawidłowość działania objętego zarzutami odwołania, polegała na odczytywaniu pytań postawionych w JEDZ w oderwaniu od przesłanek wykluczenia wykonawcy, a odniesionych należycie do dostępnych Zamawiającemu faktów. Obowiązek poinformowania Zamawiającego o zgłoszonych przez innego zamawiającego karach w ramach świadczenia innej usługi, ciążyłby na Wykonawcy wyłącznie wtedy, gdyby uprzednio doszło do obiektywnego i wiążącego ustalenia, że Odwołujący jako wykonawca w innym postępowaniu dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Taka zresztą sytuacja występowała w ramach w/w postępowania, rozstrzyganego przez KIO w wyroku z dnia 14 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 449/22.Art. 109 ust. 1 pkt 5) oraz 7) Pzp przewiduje sankcję wykluczenia w sytuacjach, w których konsekwencją w postaci podważenia uczciwości wykonawcy, czy też wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy z nim, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi była następstwem określonego zachowania tego wykonawcy, tj. sytuacji, w której w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe lub z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy (...). Bez zaistnienia przypadku wskazanego w pierwszej części przepisu (poważne naruszenie obowiązków zawodowych, niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w znacznym stopniu lub zakresie) nie wystąpi sankcja określona w jego drugiej części. W taki właśnie sposób powinien interpretować to Zamawiający, którego obowiązkiem, wynikającym z art. 16 pkt 3) Pzp, jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny, zwłaszcza gdy mamy do czynienia z przesłankami do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z treści art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp wynika w sposób jednoznaczny, na którym z podmiotów biorących udział w postępowaniu spoczywa ciężar dowodzenia wystąpienia podstawy wykluczenia. Użyty w tym przepisie zwrot „co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów” nie pozostawia w tym miejscu żadnych wątpliwości. Ciężar wykazania podstawy wykluczenia objętej przywołanym artykułem spoczywa nie na wykonawcy, a każdorazowo na zamawiającym. To zamawiający ma zatem obowiązek nie tylko zidentyfikowania przywołanej podstawy wykluczenia po stronie danego wykonawcy, ale również jej należytego potwierdzenia. W takim samym ujęciu winna być rozpoznawana przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Niewłaściwym byłoby oczekiwanie od wykonawców, że – mimo braku wykazania im nieprawidłowości przy realizacji innego zamówienia – w ich obowiązku będzie wykazanie zamawiającemu, że są podmiotem rzetelnym, zaś wyprowadzane w ich kierunku zarzuty nie polegają na prawdzie. To zamawiający winien wykazać się w tym zakresie inicjatywą, zaś okoliczności, na które w wyniku jej podjęcia zostaną przez niego podniesione, winny mieć charakter potwierdzonych faktów, a nie jedynie mniej lub bardziej głośnych twierdzeń czy zarzutów wyprowadzonych przez innego zamawiającego.

W podsumowaniu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie powinien wymagać w JEDZ notyfikowania wszelkich negatywnych zdarzeń, do jakich doszło w trakcie realizacji innej umowy na udzielenie zamówienia, a wyłącznie tych, które wywodzą się z potwierzonego faktu, że doszło do niewykonania lub nienależytego zrealizowania kontraktu przez wykonawcę. Ten element jest bowiem niezbędny, aby analiza rzetelności oferenta pod kątem przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) czy też 7) Pzp była w ogóle uzasadniona. Oczywiście rolą danego wykonawcy nie jest dokonywanie – niejako za Zamawiającego – oceny tego, czy wobec niego znajduje uzasadnienie stosowanie którejś z podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5) lub 7) Pzp. Niewątpliwie jednak nie można odmawiać wykonawcom prawa do samodzielnego zweryfikowania faktu, czy do ewentualnego niewykonania, czy nienależytego wykonania umowy po jego stronie faktycznie doszło. Brak jest przy tym podstaw do przyjęcia, że zadaniem JEDZ jest nakładanie na wykonawców dodatkowych obowiązków niewynikających z przepisów ustawy lub SWZ, w tym obowiązku informowania o zdarzeniach, którym wykonawca otwarcie przeczy, a brak jest niezależnych, obiektywnych i jednoznacznych dowodów, co do ich wystąpienia. Założenie, że JEDZ wymagał podania informacji o wszelkich zdarzeniach, „ocierających” się choćby o tematykę wykluczenia, nawet jeśli brak jest potwierdzenia, że faktycznie do nich doszło, przeczy również celowi powołania „instytucji” JEDZ (motyw 1 preambuły do rozporządzenia wykonawczego ustanawiającego JEDZ), tj. odformalizowaniu i uproszczeniu procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Zadaniem tych zmian było upodmiotowienie i zawierzenie wykonawcy, który może obecnie własnym oświadczeniem zastąpić konieczność złożenia wielu dokumentów, zaświadczeń żądanych w poprzednim stanie prawnym. Nie da się pogodzić celu odformalizowania i uproszczenia zamówień, z wymogiem oczekiwania od wykonawców opisywania w formularzu JEDZ w sposób szczegółowy przebiegu realizacji wszystkich możliwych umów, które przebiegły w sposób problematyczny, niezależnie od faktu, czy samo

naruszenie, którego miał dopuścić się wykonawca zostało wykazane poprzez jego rzetelne udokumentowanie. Tym samym uprawnione jest przyjęcie, że na podstawie aktualnego brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 5) lub 7) Pzp, wykonawca jest zobligowany do wpisania w formularzu JEDZ w części dotyczącej „rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji”, w ramach odpowiedzi na sporne pytanie oświadczenia „TAK” wyłącznie w sytuacji, w której w zakresie realizacji wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiający, nie tyle doszło do naliczenia przez zamawiającego kar umownych, co w sytuacji gdy obiektywnie doszło do niezrealizowania bądź nienależytego wykonania usługi, albo do zawinonego i poważnego naruszenia przez wykonawcę jego obowiązków zawodowych, co w okolicznościach danej sprawy można i należy uznać za bezsporne. Tylko bowiem te fakty są istotne zarówno z punktu widzenia celu zapisów JEDZ, jak i późniejszej oceny na ich podstawie osoby wykonawcy. To zaś czy w takiej sytuacji miało miejsce wypełnienie wszystkich pozostałych przesłanek wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 5) lub 7) Pzp, tj. czy: 1) zawinione naruszenie obowiązków jest istotne i podważa uczciwość wykonawcy, 2) naruszenie wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i wystąpiło w znacznym stopniu lub zakresie oraz w jego wyniku doszło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, możliwe i uzasadnione jest tylko i dopiero wtedy, gdy sam fakt naruszenia obowiązków zawodowych, czy niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jawi się jako niekwestionowany. Przyjęcie konieczności wskazania w JEDZ wszelkich, także niewykazanych i kwestionowanych przez oświadczonego wykonawcę przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania wcześniejszej umowy, prowadziłoby do różnego traktowania wykonawców w postępowaniach w zależności od ich wartości szacunkowej. W postępowaniach poniżej progów UE, gdzie nie ma zastosowania formularz JEDZ, obowiązek taki nie jest formułowany. W takich przypadkach wykonawcy potwierdzają jedynie brak podstaw do wykluczenia, wywodząc swoje wnioski wprost z treści m.in. art. 109 ust. 1 pkt 5) lub 7) Pzp. Tym samym sytuacja wykonawców w świetle tożsamej przesłanki wykluczenia byłaby diametralnie różna (tak pod względem dodatkowych obowiązków jak i ryzyka uznania, że wykonawca wprowadza zamawiającego w błąd) jedynie z uwagi na brzmienie formularza JEDZ. Krajowa Izba Odwoławcza przy okazji przywołanych we wcześniejszej części niniejszego uzasadnienia wyrokach uznała, iż w związku z wykonywaniem zamówienia na rzecz gminy Myszków, wobec Wykonawcy nie doszło do potwierdzenia w toku przeprowadzonego postępowania dowodowego, wystąpienia którejkolwiek z przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 5) lub 7) Pzp. Tym samym nie jest także uprawnione przyjęcie, że w zakresie wystąpienia którejsz z tych podstaw wykluczenia wykonawca W. S. mógł wprowadzić (czy też wprowadził) Zamawiającego w błąd. Owo wprowadzenie miałoby bowiem miejsce jedynie w przypadku, w którym Zamawiający na skutek działania/zaniechania Wykonawcy, w sposób niezgodny z rzeczywistym stanem, a zatem błędny przyjąłby, że podstawa wykluczenia nie występuje wobec tego wykonawcy. Podstawa taka realnie zaś nie występowała. Zdaniem Odwołującego, trudno wobec tego twierdzić, że zachowanie W. S.a wywołało w świadomości Zamawiającego zniekształcony obraz o tych faktach. W zaistniałym stanie faktycznym nie sposób uznać, aby oświadczenie złożone w JEDZ przez Odwołującego w zakresie dotyczącym odpowiedzi na sporne pytanie mogło zostać uznane za „niezgodne z rzeczywistością”, a nadto by podana przez Odwołującego informacja „mogła mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego”. Zgodnie z Komentarzem do ustawy Prawo Zamówień Publicznych pod red. H. Nowaka i M. Winiarza wydanym przy udziale Urzędu Zamówień Publicznych: *„Przedstawione informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji oferta lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegały odrzuceniu.”* (s.411). Także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że: *„Skutek złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych czy niepełnych, czyli wprowadzających w błąd informacji przejawia się w tym, że gdyby wykonawca przedstawił prawdziwe lub pełne informacje, zamawiający podjąłby inną decyzję w prowadzonym postępowaniu, gdyż nie zostałby wprowadzony w błąd.”* (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 620/21, LEX nr 3182457). Zgodnie zaś z danymi posiadanymi przez Zamawiającego stwierdzone zostało, iż w ramach realizacji usługi na rzecz innej gminy doszło do naliczenia przez ową gminę kar umownych wobec wykonawcy w osobie W. S.a. Ten ostatni zaś konsekwentnie negował (i neguje również obecnie) ich zasadność, w tym – samą podstawę wywodzoną z rzekomego niewykonania oraz nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, które to okoliczności wedle stanowiska Odwołującego w ogóle nie miały miejsca. Fakt rzekomego niewykonania umowy, jak również jej ewentualnego nienależytego wykonania nie został przy tym obiektywnie potwierdzony za pośrednictwem jakichkolwiek, niezależnych dowodów poza jednostronnym twierdzeniem gminy, na rzecz której owa usług była świadczona. Nie wspominając już w tym miejscu o zakresie tych rzekomych nieprawidłowości oraz ich przyczynie. Mając to na uwadze należy dojść do przekonania, że nawet w przypadku podania przez Odwołującego tych samych informacji w JEDZ, jego wykluczenie z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) lub 7) Pzp nie byłoby zasadne. W istocie nie doszło bowiem do wypełnienia dyspozycji żadnej ze wskazanych podstaw wykluczenia, co oznacza, że nawet wypełnienie JEDZ zgodnie z postulowanym przez Zamawiającego stanowiskiem, ocenione w należyty sposób, nie miałoby wpływu na jakąkolwiek jego decyzję. Sam Zamawiający nie wskazał przy tym, że oświadczenie odmiennej treści jakie miałby złożyć w JEDZ W. S. mogłoby wpłynąć na podejmowaną przez Zamawiającego decyzję w prowadzonym postępowaniu.

W literaturze przedmiotu podnosi się również, iż: *„Wykonawca nie jest winny przedstawienia wprowadzających w błąd informacji, jeżeli informacje składa w dobrej wierze, czyli błędnym, ale usprawiedliwionym przekonaniu, że są one*

prawdziwe.” (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz pod red. H. Nowaka i M. Winiarza s. 410). Mając na uwadze całość dotychczas poczynionych rozważań dojsć tym samym należy do wniosku, że informacja udzielona przez wykonawcę W. S.a w JEDZ, a dotycząca jego historii kontraktowej odnośnie wcześniej realizowanych zamówień, pozostawała w zgodzie z jego stanem wiedzy, który był usprawiedliwiony okolicznościami. Należy przy tym baczyć, że wobec Wykonawcy zastosowana została w niniejszej sprawie jedna z najbardziej dotkliwych sankcji, którą powinno się stosować względem wykonawców nielojalnych, czy też nierzetelnych. W sytuacji, gdy Odwołujący jest w stanie w sposób racjonalny, poparty argumentami natury prawnej i faktycznej, wyjaśnić motywy swojego zachowania, takie skutki nie powinny go dotyczyć, albowiem działał on z określoną intencją, którą uznać należy za znajdującą oparcie w zastanych okolicznościach. Krajowa Izba Odwoławcza nie jest jednolita w praktyce wykładni i stosowania podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp. Należy w tym miejscu wskazać chociażby na wyrok Izby z dnia 17 października 2023 r. sygn. akt: 2904/23, który wydany został na gruncie tego samego Postępowania, gdzie przez pryzmat ustawowych podstaw wykluczenia, rozpoznawane były te same zdarzenia. Izba argumentując brak podstaw wykluczenia po stronie wspomnianego w zdaniach poprzedzających wykonawcy wskazała, iż: „Skoro Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp, to nie można stwierdzić, że udzielając w JEDZ przeczącej 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?”, wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe pytanie w JEDZ należy odnosić do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie jest zatem tak, że wykonawca zobowiązany jest odpowiedzieć na nie twierdząco, niezależnie od tego, czy okoliczności, których taka odpowiedź dotyczy, mieszczą się w katalogu przesłanek wykluczenia, czy też nie.(...) W związku z tym, że pytanie w dokumencie JEDZ służy weryfikacji istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, niezasadne jest założenie, że w odpowiedzi na to pytanie należy przedstawić wszelkie zdarzenia zaistniałe w toku realizacji wszelkich umów, bez względu na to, czy wyczerpują one znamiona działań uzasadniających wykluczenie. Zatem w sytuacji gdy Zamawiający nie wykazał, że takie zdarzenia w przypadku realizacji umowy z Gminą Myszków miały miejsce, to nie może twierdzić, że oświadczenie Odwołującego w dokumencie JEDZ stanowiło informację wprowadzającą w błąd.” W tożsamym tonie Izba wypowiedziała się również w wyroku z dnia 23 lutego 2023 r. sygn. akt: KIO 287/23: „Niezasadne jest twierdzenie, że przystępujący w oświadczeniu JEDZ powinien wskazać wszystkie przypadki zastosowania kar umownych, a ich nie wymienienie w JEDZ nie stanowi o zatajeniu tych okoliczności przed zamawiającym i podleganiu z tego tytułu dyspozycji prawnej z art. 109 ust. 1 pkt 8 czy też pkt 10 Prawa zamówień publicznych oraz prawie przypisywania oświadczeniom przystępującego „fałszu intelektualnego dokumentu”. Wyżej przedstawione stanowisko znajduje swoje potwierdzenie również w oficjalnych wyjaśnieniach znajdujących się na stronie Urzędu Zamówień Publicznych, z których powszechnie korzystają wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W treści owym wyjaśnień wskazane zostało, iż: „Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności.” W tożsamy sposób skonstruowane zostały zapisy instrukcji wypełniania JEDZ dostępne dla wykonawców na stronie Urzędu Zamówień Publicznych dostępne pod adresem: , gdzie w części III formularza JEDZ, lit. C 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?”, udzielone zostało następujące pouczenie: „W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękopmi za wady. Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje.”

Jak wynika z treści przytoczonych orzeczeń oraz wytycznych, zawarto w nich instrukcje dla wykonawców, których

realizacja stoi w otwartej opozycji do motywów objętych zaskarżonymi czynnościami. Taka niejednorodność w praktyce stosowania zapisów ustawy jest absolutnie niedopuszczalna, zwłaszcza, że dotyczy kwestii wiążących się ze stosowaniem najbardziej dolegliwych konsekwencji. Za wysoce niewłaściwe uznać przy tym należy wydawanie w sposób powszechny wyjaśnień i instrukcji przez Urząd Zamówień Publicznych, a następnie wydawanie przez Izbę wyroków, których treść do owych instrukcji nie przystaje, a wręcz pozostaje z nimi w wyraźnej sprzeczności. W wyniku takich praktyk wykonawcy pozostają w stanie niepewności w zakresie przysługujących im praw i ciążących na nich obowiązków, co jest zjawiskiem absolutnie destrukcyjnym dla ich bieżącego funkcjonowania. Takiej praktyce należy przeciwdziałać, gdyż jedną z najbardziej fundamentalnych zasad rządzących porządkiem prawnym jest niewątpliwie zasada pewności i stałości prawa, której w tych okolicznościach obywatele nie doświadczają.

W pocenie Odwołującego Zamawiający przypisując względem Wykonawcy podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, ustalił w sposób jednoznacznie błędny co najmniej jedną z przesłanek. Zamawiający nie ustalił aby Odwołujący ogóle wprowadził go w błąd. Takie ustalenie nie zostało bowiem zawarte w treści uzasadnienia sporządzonego do zaskarżonych czynności. Już tylko z tej przyczyny uznanie, że doszło do aktywacji podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp jest zabiegiem chybionym i niewłaściwym. W toku prowadzonego postępowania nie zostało ustalone aby wszystkie przesłanki przywołanego przepisu zostały wypełnione. Zamawiający nie wskazał przy tym również, na czym miał polegać błąd, w którym tkwił (mógł tkwić). A warto także zauważyć, że Zamawiający przez cały czas trwania Postępowania posiadał wiedzę o okolicznościach dotyczących kar umownych naliczonych wobec wykonawcy W. S.a w ramach realizacji innych zamówień publicznych. I z tej zatem przyczyny uznać należy, że Zamawiający nie tkwił w jakimkolwiek błędzie, który wpływałby bądź mógłby potencjalnie wpłynąć na którąkolwiek z podjętych przez niego decyzji. Pytanie w formularzu JEDZ brzmiało: „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?”, udzielenie odpowiedzi przeczącej było oczywiście uzasadnione i zgodne z prawdą. Po pierwsze bowiem treść zapytania nie obejmuje wprost kar umownych, a ponieważ celem zapytania jest stosowanie (bądź nie) podstaw wykluczenia będących normami o charakterze sankcyjnym, korzystanie z wykładni rozszerzającej, rekonstruującej treść normy prawnej ponad literalne brzmienie przepisu, jest zakazane na podstawie powszechnie obowiązujących dyrektyw wykładni tekstu prawnego. Po drugie sankcje „podobne” do odszkodowania, to takie, które wprost zmierzają do naprawienia szkody, bądź innego, podobnego zjawiska wywołującego ujemne konsekwencje po stronie zamawiającego. Z pewnością do owych „podobnych sankcji” zaliczyć można obowiązek zapłaty zadośćuczynienia, które ze swej istoty nie ma na celu wyrównania strat rozumianych jako szkoda, ale podobnie jak odszkodowanie pełni funkcję naprawczą, czy też kompensacyjną. Jasnym przy tym pozostaje również, że także kara umowna może pełnić taką rolę. Nie każda jednak kara umowna czyni to z założenia. Gdyby zatem uznać nawet, że odpowiadając na przytoczone wyżej pytanie, Wykonawca w treści JEDZ ma obowiązek uwzględnić jako „inne podobne sankcje”, również kary umowne, którymi został w przeszłości obciążony, to z pewnością winny to być jedynie te z nich, których celem było naprawienie szkody. Tylko wówczas kara umowna staje się sankcją „podobną” do odszkodowania. Jeśli jej celem było bowiem wyłącznie zmotywowanie wykonawcy do przestrzegania zapisów umowy, bądź represja z tytułu ich naruszenia, nie jest uzasadnionym twierdzenie, że kara umowna była w danych okolicznościach „sankcją podobną do odszkodowania”. Tymczasem w toku Postępowania przed Zamawiającym nie doszło do wykazania szkody po stronie gminy Myszków, samo twierdzenie Zamawiającego, że niewątpliwie musiała ona wystąpić, uznać należy za niewystarczające.

Następnie Odwołujący podniósł, że w sprawie brak było również podstawy do wykluczenia jego osoby z Postępowania w oparciu o którąkolwiek przesłankę wskazaną w treści art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) lub 10) Pzp, albowiem po jego stronie wystąpiła przesłanka negatywna dla możliwości odrzucenia jego oferty. Zgodnie bowiem z treścią art. 110 ust. 2 Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w tym przepisie. W ocenie Odwołującego ustawa wskazuje na trzy warunki, które powinny wystąpić łącznie, aby samooczyszczenie było skuteczne: 1) naprawienie szkody lub zobowiązanie się do jej naprawienia, 2) wyjaśnienie faktów i okoliczności związanych z sankcjonowanym zachowaniem, 3) podjęcie działań zaradczych w celu unikania wystąpienia takich zachowań w przyszłości. Przytoczony wyżej przepis nie zawiera natomiast w swojej treści wskazówek co do tego kiedy znajduje on zastosowanie, tj. czy określone nim przesłanki negatywne wykluczenia mają zastosowanie dopiero w przypadku, gdy dany wykonawca został już wcześniej wykluczony z innego postępowania, czy też można go także zastosować w toku trwającego postępowania, w którym zamawiający nabiera dopiero przekonania do tego by wykluczyć wykonawcę po raz pierwszy w jego historii. Wobec braku ograniczenia zakresu stosowania owego przepisu należy przyjąć, że może on być stosowany w obu przypadkach. Co także istotne przytoczona na wstępie regulacja ma również zastosowanie do podstaw wykluczenia uregulowanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz 10) Pzp, co wynika wprost z brzmienia art. 110 ust. 2 Pzp. Pewnym przy tym pozostaje, że - mimo konieczności łącznego ich wypełnienia - nie wszystkie przesłanki składające się na negatywne przesłanki wykluczenia znajdują zastosowanie w przypadku, gdy Zamawiający nosi się z zamiarem

wykluczenia wykonawcy wobec podania przez tego ostatniego w toku postępowania informacji wprowadzających w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje. Trudno byłoby bowiem wykazywać Wykonawcy, który znalazł się w takiej sytuacji, choćby to, że naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wywołanej swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne. Brak jest po stronie Zamawiającego podstaw by w związku z wykluczeniem wykonawcy o treść art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) Pzp żądać bądź oczekiwać od wykonawcy jakiegokolwiek odszkodowania, czy zadośćuczynienia pieniężnego. Tym samym wykładania art. 110 ust. 2 Pzp w odniesieniu do podstaw wykluczenia zawartych w treści art. 109 ust. 1 pkt 8) oraz 10) Pzp, winna być dostosowana do specyfiki owych podstaw. W ocenie Odwołującego skupić się ona powinna w szczególności na treści art. 110 ust. 2 pkt 2) Pzp. Należy zatem zauważyć, że podstawą do zastosowania wobec wykonawcy negatywnej przesłanki wykluczenia, mimo iż doszło do stwierdzenia zasadności jego usunięcia z postępowania w oparciu o podstawę z art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) Pzp, winno być należyte wyjaśnienie okoliczności związanych z popełnionym przez wykonawcę uchybieniem polegającym na podaniu informacji wprowadzających w błąd. Odwołujący dwukrotnie składał Zamawiającemu wyjaśnienia, w których szeroko współpracował z Zamawiającym i zaprezentował motywy swojego działania oraz opisał, czym kierował się wypełniając JEDZ w taki, a nieinny sposób. Swoim zachowaniem wypełnił zatem przesłankę wyłączającą po jego stronie podstawę do usunięcia jego osoby z Postępowania. W świetle zapisów ustawy trudno bowiem wyobrazić sobie zachowania o charakterze zaradczym, które miałby podjąć Wykonawca, aby wywołać po stronie Zamawiającego przeświadczenie co do tego, że w przyszłości nie powtórzy się już sytuacja, w której ponownie dojdzie do wypełnienia przez Odwołującego JEDZ w sposób wprowadzający Zamawiającego w błąd. Aby uniknąć podobnych sytuacji na przyszłość brak jest konieczności wdrażania reorganizacji prowadzonej działalności, czy tworzenia dodatkowych struktur kontroli, audytu lub monitorowania przestrzegania przepisów w ramach prowadzonej działalności. W okolicznościach niniejszej sprawy „nieprawidłowe zachowanie” stanowiące podstawę wykluczenia, które zarzuca się Odwołującemu, sprowadza się *de facto* do odmiennej interpretacji przepisów dotyczących sposobu wypełniania JEDZ. Nawet jeśli doszło do naruszenia przez Odwołującego którejś z zasad postępowania rządzącego postępowaniem o udzielenie zamówienia, to owa zasada nie została wprost wyrażona przez ustawodawcę w żadnym z przepisów ustawy, a kształtuje się poprzez praktykę stosowania owych przepisów, która nie była dotychczas Odwołującemu znana. Nie sposób zakładać, że aby zapobiec podobnemu „przewinieniu” po stronie Odwołującego w przyszłości, koniecznym jest wprowadzanie zmian strukturalnych lub organizacyjnych w środowisku funkcjonowania jego przedsiębiorstwa. Kluczowe zatem w tym wypadku pozostaje należyte wyjaśnienie Zamawiającemu, dlaczego Odwołujący postąpił w taki, a nie inny sposób, tj. przedstawienie mu motywów swojego zachowania, które wykażą, że nie kierował się naganną intencją. Biorąc zaś pod uwagę okoliczności sprawy, w zestawieniu z obowiązującymi przepisami, wydaje się, że działanie Odwołującego nie było pozbawione racji. Fakt, że finalnie mogło okazać się wadliwe, nie powinno w tym przypadku generować sankcji w postaci wykluczenia z tego Postępowania oraz innych postępowań mających miejsce w przyszłości przez okres kolejnego roku (art. 111 pkt 6 Pzp).

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania Odwołujący podał, że zarzut naruszenia art. 260 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 3) Pzp jest naturalną konsekwencją wcześniej poczynionych wywodów. Unieważnienie Postępowania w sytuacji ustalenia, że Odwołujący nie powinien być wykluczony z Postępowania musi skutkować jednoczesnym uznaniem, że pośród złożonych ofert znajduje się co najmniej jedna, której cena nie przekracza kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. To zaś wyklucza możliwość unieważnienia przez Zamawiającego Postępowania na podstawie art. 255 pkt 3) Pzp, co wymaga korekty w toku rozpoznania sprawy przed KIO.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca M. J. prowadzący działalność gospodarczą po firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MIKI" M. J. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się uczestnikiem postępowania. W pisemnym stanowisku Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody zgłoszone przez Odwołującego na rozprawie w postaci pism, za którymi odsyłał noty księgowo (szt. 11), protokołów częściowych wykonania usługi (szt. 9), pism Odwołującego z 22.01.2021 i 02.02.2021, harmonogramów odbioru odpadów z poszczególnych rejonów na terenie Gminy Myszków w okresie od lipca do grudnia 2022 (17str.), harmonogramów odbioru odpadów z altan na terenie Gminy Myszków w okresie od lipca do grudnia 2022 (4 str.).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania i zgłoszone dowody oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528

ustawy Pzp.

Odwolujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz unieważnieniu postępowania z dnia 30 listopada 2023 r. 2023 r. Zamawiający podał:

I.

Działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz 253 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) /Pzp/ Zamawiający informuje o odrzuceniu oferty złożonej przez Pana W. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S., z siedzibą 42-202 Częstochowa, Bór 169 jako ofertę złożoną przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych z terenu gminy Liszki w okresie od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r.” Zamawiający w Rozdziale X ust. 3 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), jak również w ogłoszeniu o zamówieniu nr 2023/S 132-421166 z dnia 12.07.2023 r. w Sekcji VI: „Informacje dodatkowe” pkt 3 przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia Wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 6, 7, 8 i 10 Pzp.

W celu wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania Wykonawca zobowiązany był do złożenia Jednolitego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) stanowiącego zał. nr 2 do SWZ. Wykonawca złożył oświadczenie JEDZ, gdzie w części III pn. Podstawy wykluczenia, sekcja C pn. „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”, na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” zaznaczono odpowiedź: „Nie”.

Zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego, Wykonawca w ramach realizacji zamówienia publicznego pn. „Realizacja obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków” i w oparciu o postanowienia umowy nr ZP.272.28.2020 z dnia 19 listopada 2020 r. został obciążony przez zamawiającego (Gminę Myszków) karami umownymi w łącznej kwocie 433.100, 00 zł.

W konsekwencji powyższego Zamawiający pismem datowanym na dzień 06 września 2023 r. wezwał Wykonawcę do udzielenia pisemnych wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp w zakresie przedstawionego przez Pana W. S. tekstu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, a to w związku z pozyskaną przez Zamawiającego informacją w przedmiocie kary umownej. W treści ww. wezwania Zamawiający określił, iż oczekuje wyjaśnień dotyczących „nieuwzględnienia w dokumencie JEDZ informacji o nałożeniu przez Gminę Myszków kary umownej (odszkodowania) w związku z realizacją zamówienia publicznego”.

Nie powinno zatem budzić wątpliwości, iż Wykonawca otrzymał precyzyjne w swej treści wezwanie, w którym Zamawiający określił swoje wątpliwości w zakresie sposobu wypełnienia JEDZ oraz uzasadnił z jakiej przyczyny takie wątpliwości powstały. Wykonawca nie kwestionował treści wezwania oraz złożył pisemne wyjaśnienia, w treści których w pierwszej kolejności przyznał, iż został skutecznie obciążony karami jednostkowymi, których łączna wysokość mogła wynosić 433.100, 00 zł.

Podniósł ponadto, iż kwestia zasadności naliczenia kar umownych przez Gminę Myszków nie została przez Wykonawcę nigdy uznana oraz noty obciążeniowe były konsekwentnie odsyłane do zamawiającego – Gminy Myszków. Wykonawca W. S. przyznał również, iż opisane zdarzenia nie były przedmiotem rozpoznania przez sąd powszechny, ani żaden inny organ. Sam wykonawca nie zainicjował żadnego postępowania zmierzającego do stwierdzenia braku zasadności obciążenia karami umownymi.

Argumentacja Wykonawcy W. S. zmierzająca do wykazania przydatności orzeczenia potwierdzającego zasadność naliczenia kar umownych w aktualnym stanie prawnym nie może się ostać. Obecnie bowiem nie jest już konieczne „zasądzenie” odszkodowania, jak miało to miejsce na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, iż wbrew argumentacji Wykonawcy nie ma podstaw do przyjęcia, iż zasadność obciążenia Wykonawcy karą umowną przez Gminę Myszków powinna zostać potwierdzona wyrokiem sądy czy też innym aktem/dokumentem nie pochodzącym od stron. Wykonawca W. S. nie podjął dotychczas, pomimo upływu dłuższego czasu, żadnej próby wystąpienia z powództwem o miarkowanie tych kar umownych lub ich kwestionowania przy pomocy

innych środków prawnych.

Art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp

Dla zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp niezbędne jest ziszczenie się kumulatywnie wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie, tj.: 1) musi mieć miejsce niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwałe 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.

Odnosząc powyższe na grunt niniejszego postępowania Zamawiający poddał analizie w pierwszej kolejności treść umowy łączącej W. S. z Gminą Myszków. Przedmiotem ww. umowy nr ZP.272.28.2020 z dnia 19 listopada 2020 r. (dalej jako „Umowa”) było odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków. Analiza treści Umowy wskazuje, iż podstawowym obowiązkiem W. S. było odbieranie odpadów od mieszkańców gminy Myszków, zgodnie z harmonogramem. Świadczy o tym przede wszystkim sposób zredagowania treści Umowy, w której już w § 3 zostały opisane kwestie związane z harmonogramem odbioru odpadów. Nie ulega wątpliwości, iż podstawowym obowiązkiem wykonawcy realizującego tego typu usługi pozostaje terminowe wywiązywanie się z obowiązków, w sposób zapewniający pełną realizacją zadania zleconego przez gminę. Powyższe znalazło również odzwierciedlenie w treści § 5 ust. 1 pkt 11) Umowy, w którym na wykonawcę został nałożony obowiązek świadczenia usług w konkretnie oznaczonych przedziałach czasowych. Wnikliwa analiza treści umowy prowadzi do wniosku, iż zamawiający przypisał dużą rolę terminowości realizacji świadczeń objętych Umową.

Zamawiający poddał szczegółowej analizie przesłanki oraz wysokość kar umownych, którymi W. S. został obciążony przez Gminę Myszków tj. 13 not księgowych wystawionych w okresie od 15.02.2021 r. do dnia 12.09.2022 r. Gmina Myszków nałożyła na W. S. kilkanaście kar umownych z tytułu różnych naruszeń postanowień umowy. Wypada zauważyć, iż Umowa została zawarta na okres dwóch lat od dnia 01.01.2021 r. do dnia 31.12.2022 r. W tym okresie regularnie zamawiający obciążał wykonawcę karami umownymi:

- 25.02.2021 r. – z tytułu braku odbioru odpadów zgodnie z harmonogramem na kwotę 202.400,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 15.02.2021 r.);
- 07.04.2021 r. – z tytułu braku odbioru odpadów zgodnie z harmonogramem, nieuporządkowanie terenu zanieczyszczonego odpadami, mieszania odpadów zbieranych selektywnie, na kwotę 86.600,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 11.03.2021 r.);
- 22.05.2021 r. – z tytułu z tytułu braku odbioru odpadów zgodnie z harmonogramem, mieszania odpadów zbieranych selektywnie, na kwotę 11.000,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 14.04.2021 r.);
- 23.06.2021 r. – z tytułu braku odbioru odpadów zgodnie z harmonogramem na kwotę 3.800,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 14.06.2021 r.);
- 03.01.2022 r. – z tytułu braku odbioru odpadów zgodnie z harmonogramem, naruszenia obowiązku ważenia pojazdu, wykonywania równocześnie działalności komercyjnej i świadczenia usług na rzecz gminy Myszków, przystąpienia od odbioru odpadów pojazdem, który nie był pusty, na kwotę 33.000,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 30.12.2021 r.);
- 07.02.2022 r. – z tytułu naruszenia obowiązku ważenia pojazdu, niespełnienia standardu nagrywania przejazdów, mieszania odpadów zbieranych selektywnie, na kwotę 7.400,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 13.01.2022 r.);
- 09.03.2022 r. – z tytułu naruszenia obowiązku ważenia pojazdu, niespełnienia standardu nagrywania przejazdów, przystąpienia do odbioru odpadów pojazdem, który nie był pusty, na kwotę 13.700,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 18.02.2022 r.);
- 28.03.2022 r. – z tytułu naruszenia obowiązku nagrywania tras przejazdów, na kwotę 700,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 11.03.2022 r.);
- 29.04.2022 r. – z tytułu braku odbioru odpadów zgodnie z harmonogramem, naruszenia standardów nagrywania tras, naruszenie obowiązku ważenia pojazdu, niezachowania standardu worków, na kwotę 38.400,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 12.04.2022 r.);
- 30.05.2022 r. – z tytułu braku odbioru odpadów zgodnie z harmonogramem, naruszenia standardu nagrywania przejazdów, braku ważenia pojazdu, na kwotę 30.400,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 13.05.2022 r.);
- 22.06.2022 r. – z tytułu niespełnienia standardu nagrań tras, nieuporządkowania terenu zanieczyszczonego odpadami, na

kwotę 5.300,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 09.06.2022 r.);

- 25.08.2022 r. – z tytułu niespełnienia standardu nagrań tras, na kwotę 200,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 16.08.2022 r.);
- 21.09.2022 r. – z tytułu niespełnienia standardu nagrań tras, na kwotę 200,00 zł (protokół częściowego wykonania usługi z dnia 12.09.2022 r.).

Z powyższego wynika jednoznacznie, że wykonawca W. S. w całym okresie obowiązywania umowy dopuszczał się istotnych naruszeń jej postanowień. W ocenie Zamawiającego naruszenia te pozostawały istotne, bowiem dotyczyły podstawowych obowiązków umownych W. S. jako wykonawcy. Uśredniając należy stwierdzić, iż nie było praktycznie miesiąca, w którym W. S. nie dopuścił się jakichś uchybień przy realizacji umowy.

W zakresie interpretacji pojęcia istotności warto zwrócić uwagę, iż art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej), którego implementację stanowi art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i 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. Przenosząc powyższe na grunt niniejszego postępowania, należy zauważyć, iż osiem (8) kar umownych dotyczy naruszenia standardów związanych z rejestracją pracy pojazdów, siedem (7) kar umownych dotyczy odbioru odpadów niezgodnie z harmonogramem, pięć (5) dotyczy naruszenia obowiązku ważenia pojazdów, trzy (3) dotyczą przystąpienia do świadczenia usług odbioru odpadów przy użyciu pojazdu, który nie był pusty, trzy (3) dotyczą mieszania odpadów zbieranych selektywnie oraz dwie (2) dotyczą nieuporządkowania terenu, z którego odbierane były odpady. Wykonawca dopuścił się także istotnego z punktu widzenia Zamawiającego naruszenia polegającego na równoczesnej realizacji świadczeń z tytułu Umowy z zamawiającym publicznym oraz jednocześnie dla klientów komercyjnych.

W treści Motywu 101 Dyrektywy Klasycznej ustawodawca europejski potwierdza, iż „Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.” Zamawiający zwrócił szczególną uwagę na powtarzalność zachowań Wykonawcy skutkujących naruszeniem postanowień umowy, stwierdzonych w ramach realizacji jednego kontraktu. Dorobek orzeczniczy Krajowej Izby Odwoławczej szeroko odnosi się do oceny rozumienia pojęcia „istotności” nienależytego wykonania umowy. W wyroku z dnia 03 lutego 2017 r. (KIO 139/17) Izba, przywołując treść Dyrektywy Klasycznej, potwierdziła, iż prawidłowe rozumienie pojęcia „istotności” nie sprowadza się wyłącznie do niewykonania lub nienależytego wykonania odpowiednio istotnego wartościowo lub rzeczowo zakresu świadczenia wykonawcy w stosunku do przewidzianego w treści zawartej umowy. Znaczenie ma (1) niespełnianie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były zapisane w umowie, a także (2) powtarzające się nagminnie takie same wady świadczenia wykonawcy, choćby nie odnosiły się one do najistotniejszych wymagań zamawiającego. Niezależnie od powyższego, w ocenie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu uchybienia Wykonawcy kwalifikować należy jako znaczące, bowiem nie tylko dotyczą nienależytej realizacji świadczeń istotnych dla zamawiającego ale przede wszystkim spowodowały powstanie realnej szkody majątkowej i niemajątkowej po stronie zamawiającego (Gminy Myszków), o czym mowa w dalszej części uzasadnienia.

Zdaniem Zamawiającego powyższe uchybienia nie miały charakteru incydentalnego i związanego wyłącznie z ryzykiem prowadzenia działalności w tym sektorze gospodarczym. Wykonawca W. S. dopuścił się wielokrotnego naruszenia istotnych postanowień umowy, które dla zamawiającego mają istotne znaczenie. Gospodarka odpadami stanowi zadanie własne gminy, co wynika z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach. Wszelkie skargi mieszkańców zwykle kierowane są właśnie w stosunku do gminy, która odpowiada za prawidłową realizację obowiązku ustawowego. W tym kontekście za bardzo istotne Zamawiający uznaje wielokrotne naruszenia przez W. S. obowiązku odbioru odpadów zgodnie z harmonogramem.

Zamawiający zauważa ponadto, iż zgodnie z treścią art. 9e ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach – zakazuje się mieszania selektywnie zebranych odpadów komunalnych z niesegregowanymi (zmieszany) odpadami komunalnymi odbieranymi od właścicieli nieruchomości oraz selektywnie zebranych odpadów komunalnych różnych rodzajów ze sobą. Z tytułu naruszenia ww. obowiązku ustawodawca przewidział karę w wysokości od 10 000 do 50 000 zł. W. S. dopuszczał się naruszenia ww. przepisu (oraz postanowień Umowy) przez co trzykrotnie został obciążony przez Gminę Myszków karą umowną z tytułu mieszania odpadów zbieranych selektywnie. W tym kontekście Zamawiający podkreśla, iż zakaz mieszania odpadów stanowi normę o charakterze ustawowym, co dodatkowo podkreśla rangę (wagę) naruszenia.

Dalsza analiza nałożonych przez Gminę Myszków kar wskazuje na niewywiązanie się z obowiązku przystąpienia do wykonania usługi na terenie Gminy Myszków pojazdem niezawierającym odpadów komunalnych. Obowiązek ten pozostaje o tyle istotny, że jego naruszenie powoduje brak możliwości weryfikacji ilości rzeczywiście odebranych odpadów. Stanowi

zatem asumpt dla wykonawcy do zawyżania ceny usługi, która nie daje się zweryfikować. Zdaniem Zamawiającego ściśle powiązane z powyższym mogą pozostawać naruszenia w postaci naruszenia standardów rejestracji pracy pojazdów oraz naruszenia obowiązków związanych z ważeniem pojazdu. Co więcej powyższe stanowi działanie sprzeczne z obowiązującymi normami prawnymi. Zgodnie z § 4 pkt 5 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 9d ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach: „W zakresie utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń należy zapewnić, aby: [...] 5) na koniec każdego dnia roboczego pojazdy były opróżnione z odpadów [...]”.

Kolejne naruszenie związane z obciążeniem Wykonawcy karą umowną w niebagatelnej kwocie 33.000,00 zł obejmuje karę m.in. za „dokonywanie w tym samym dniu odbioru odpadów komunalnych oraz odbioru odpadów w ramach swojej działalności komercyjnej”. Z punktu widzenia Zamawiającego jest to niezwykle istotne naruszenie, które prowadzi do sytuacji, w której wykonawca odbiera w trakcie jednego kursu odpady zarówno od własnych klientów indywidualnych (w ramach działalności komercyjnej) oraz tych, od których odbiór odpadów następuje w ramach systemu odbioru odpadów komunalnych organizowanym przez gminę. Co się wiąże także z innym stwierdzonym naruszeniem (wyjazd pojazdem załadowanym) i w tym przypadku następuje zawyżenie faktycznej wagi odbieranych odpadów w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W kontekście powyższego Zamawiający zwrócił się do Gminy Myszków w przedmiocie wyjaśnienia okoliczności obciążenia Wykonawcy karami umownymi. W odpowiedzi Gmina Myszków potwierdziła, iż dysponowała materiałem dowodowym, który stanowił o naruszeniu obowiązków umownych, które spowodowały po stronie Gminy Myszków powstanie szkody. Zamawiający dokonał oceny, iż nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego jest następstwem okoliczności, za które W. S. ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c.). W konsekwencji, w świetle treści art. 483 k.c. zamawiający Gmina Myszków zasadnie obciążył wykonawcę W. S. karami umownymi, które stanowią naprawienie szkody wynikłej z nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Nie można bowiem zasadnie twierdzić, iż nienależyte wykonania umowy nastąpiło z przyczyn niezależnych od wykonawcy (np. zależnych od podwykonawcy).

Zamawiający dokonał ponadto zestawienia łącznej kwoty kar umownych, którymi wykonawca W. S. został obciążony z (1) maksymalną kwotą zamówienia publicznego oraz (2) kwotą ustanowionego w ramach tego zamówienia zabezpieczenia. Obliczenia wskazują, że kary umowne, którymi obciążono W. S. a stanowią 2,75 % w stosunku do całej wartości (maksymalnej) Umowy. Istotność i proporcjonalność potwierdza także zapis § 9 ust. 1 Umowy. Dla zabezpieczenia prawidłowej realizacji Umowy ustanowiono zabezpieczenie w wysokości 5 % kwoty wynagrodzenia brutto wykonawcy tj. w kwocie 788.485,60 zł. Zważyć wypada, iż naliczone Panu W. S. kary umowne stanowiły ponad połowę kwoty przewidzianej dla zabezpieczenia realizacji kontraktu.

Reasumując powyższe i wracając do przesłanek opisanych w art. 107 ust. 1 pkt 7) Pzp Zamawiający stwierdził, iż wykonawca W. S.:

- 1) z przyczyn leżących po jego stronie [...] – wykonawca w treści wyjaśnień nie kwestionował, iż kary umowne nałożone przez Gminę Myszków dotyczą działania/zaniechania osoby lub podmiotu trzeciego, za którego działania wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Na marginesie warto zauważyć w tym miejscu, iż na skutek wezwania skierowanego do wykonawcy przez Zamawiającego w dniu 29 sierpnia 2023 r. dotyczących kary umownej nałożonej przez Gminę Zielonki wykonawca wyjaśnił i przedstawił stosowne dowody, których treść pozwoliła na stwierdzenie braku odpowiedzialności wykonawcy za naruszenia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co się tyczy kar umownych nałożonych przez Gminę Myszków – wykonawca w tym zakresie nie przedstawił żadnych argumentów, które pozwoliłyby poddać w wątpliwość spełnienie tej przesłanki. Z tych przyczyn Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca W. S. w przedmiocie naruszenia postanowień Umowy z Gminą Myszków ponosi winę w postaci co najmniej rażącego niedbalstwa, które sprowadza się do braku zapewnienia odpowiedniej kontroli pracowników (nie podwykonawców) zmierzających do prawidłowej realizacji umowy. Brak wprowadzenia w ramach prowadzonej działalności odpowiednich mechanizmów kontroli realizacji umowy obciąża tylko i wyłącznie Wykonawcę. Co nie mniej istotne naruszenie postanowień i obowiązków umownych pozostawało całkowicie niezależne od osób trzecich, podwykonawców, ani też nie wynikało z wystąpienia okoliczności niezależnych do Wykonawcy (siły wyższej);
- 2) w znacznym stopniu [...] – Zamawiający do tej przesłanki szeroko odniósł się już w wcześniejszej części pisma. Podsumować wypada, iż łączną sumę kar umownych zestawiono zarówno z wartością (maksymalną) kontraktu oraz kwotą zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy. Zdaniem Zamawiającego łączna wartość kar umownych prowadzi do wniosku o znacznym stopniu naruszenia. Stopień naruszenia bezpośrednio wiąże się także z wagą naruszonych obowiązków (obowiązki wynikające z przepisów prawa oraz niezwykle istotne z punktu widzenia interesu zamawiającej gminy),
- 3) nienależyście wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego [...] –

jednym z podstawowych obowiązków umownych wykonawcy W. S. stanowił odbiór odpadów komunalnych zgodnie z harmonogramem (przygotowanym przez samego wykonawcę). Gmina Myszków stwierdziła wielokrotne naruszenie tego obowiązku, co bezsprzecznie stanowi o nienależyтым wykonywaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Również pozostałe stwierdzone naruszenia stanowiące podstawę do obciążenia Wykonawcy W. S. karami umownymi stanowiły istotne zobowiązania wynikające zarówno z umowy jak i przepisów prawa;

4)co doprowadziło do odszkodowania. - zgodnie z wyrokiem KIO 3078/21 z dnia 19 listopada 2021 r.: „(...) Za nieprawidłowy jednak Izba uznała wywiedziony przez Odwołującego na tym gruncie wniosek, że taka konstrukcja art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp powoduje brak możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy z tytułu nienależytego wykonania istotnego zobowiązania umownego naliczono mu kary umowne. W ww. przepisie jest mowa o odszkodowaniu, którego nie można zawężyć wyłącznie jak czyni to Odwołujący 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 art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mieścić się będą również ustalone w umowie w oparciu o art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Art. 483 § 1 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 art. 471 Kodeksu cywilnego. 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 art. 471 Kodeksu cywilnego lub w pozasądowym trybie”. 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 (vide Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 r., sygn. akt I ACa 368/05). Zgodnie z komentarzem do aktualnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych rok 2021, s. 404) pojęcie „odszkodowanie”, wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, należy interpretować szeroko zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje” - co także wynika z treści pytania zawartego w JEDZ). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 KC). Istota kar umownych sprowadza się do ryczałtowego charakteru naprawienia szkody. Z tej przyczyny nie ma konieczności weryfikacji wysokości rzeczywiście poniesionej szkody majątkowej. Bez wątpliwości jednak gmina Myszków szkodę majątkową poniosła, bowiem obciążyła wykonawcę W. S. karami umownymi m.in. z tytułu wyjazdu pojazdów nieopóźnionych, a także świadczenia usług na rzecz gminy Myszków oraz klientów indywidualnych Wykonawcy W. S. przy pomocy tych samych pojazdów. Rzeczywista szkoda majątkowa Gminy Myszków polega na konieczności zapłaty za odpady, których to koszty nie zostałyby poniesione, gdyby wykonawca W. S. prawidłowo realizował umowę. Zwrócić należy uwagę, iż funkcja odszkodowawcza kary umownej realizowana jest również w sytuacji kompensacji uszczerbków o charakterze niemajątkowym. W tym kontekście zamawiający zauważa, iż wszelkie skargi oraz zażalenia mieszkańców dotyczące niezgodnego z harmonogramem odbierania odpadów kierowane są w stosunku do gminy, w efekcie czego to gmina ponosi uszczerbek na wizerunku w oczach jej mieszkańców. Kara umowna zastrzeżona na wypadek realizacji świadczeń niezgodnie z harmonogramem powoduje po stronie zamawiającego określoną szkodę w postaci braku możliwości korzystania z przedmiotu świadczenia w zakładanym terminie, co jest rekompensowane takim odszkodowaniem (wyrok KIO z dnia 04 kwietnia 2012 r., KIO 608/12).

Art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp: „Zamawiający z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczy wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp: „Zamawiający z postępowania o udzielenie zamówienia wykluczy 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.”

W przedłożonym przez Wykonawcę oświadczeniu JEDZ, w części III pn. „Podstawy wykluczenia”, sekcja C pn. „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”, na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” zaznaczono odpowiedź „Nie”.

Zamawiający w toku postępowania ocenił, iż Wykonawca W. S. miał świadomość, że Gmina Myszków jako zamawiający publiczny stwierdziła nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a następnie obciążyła Wykonawcę karami umownymi w kwocie 433.100,00 zł. Pomimo to nie ujawnił Zamawiającemu ww. informacji w przedmiocie nałożenia kary umownej przez Gminę Myszków, podczas realizacji umowy w ramach zamówienia publicznego, w postępowaniu o nr ZP.271.20.2020.JG.

W wyroku KIO 449/22 z dnia 14 marca 2022 Izba stwierdziła, że: „(...) każdy rzetelnie działający Wykonawca ma świadomość, że prawidłowym i powszechnie przyjętym w obrocie sposobem wypełniania JEDZ jest transparentne podanie okoliczności dotyczących naliczenia kar, które mogą zostać kwalifikowane przez art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i ewentualne opisanie swojego stanowiska w tym zakresie, co JEDZ umożliwia – także, gdy wykonawca jest przekonany, że nie powinien zostać wykluczony z przetargu. Mając tą świadomość, odwołujący zdecydował zachować się inaczej, czyli zataić fakt, że został tego typu karą obciążony”.

Z uwagi na powyższe Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści JEDZ, wyraźnie artykułując swoje wątpliwości w przedmiocie złożonego oświadczenia. W odpowiedzi W. S. wyjaśnił, iż prawidłowo sporządził treść JEDZ. Stwierdził ponadto, iż zaznaczenie odpowiedzi przeczącej 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?” byłaby niezgodna z prawdą.

Należy podzielić zapatrywanie Izby wyrażone w wyroku (KIO 449/22) w zakresie podziału kompetencji pomiędzy wykonawcę, a zamawiającego. To rolę zamawiającego jest ocena tego, czy w stosunku do wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca W. S. prowadzący działalność pn. Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. udzielił przeczącej odpowiedzi w formularzu JEDZ w zakresie pytania „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, w konsekwencji czego Zamawiający nie miał możliwości oceny czy Wykonawca podlega wykluczeniu w oparciu o przesłankę opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przesłanka ta z kolei, jak wskazano wyżej, dotyczy również obciążenia wykonawcy zryczałtowanym odszkodowaniem w formie kar umownych. „Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który „oczyściłby się” z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musiał być transparentny w tym zakresie i „zaoferować” Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją” – vide wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.08.2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca nie zaoferował Zamawiającemu informacji o sankcjach, którymi został obciążony w ramach realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skoro Zamawiający przewidział fakultatywną przesłankę, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, rolą i obowiązkiem Wykonawcy, jako profesjonalnego przedsiębiorcy ubiegającego się o zamówienie publiczne, było przekazanie Zamawiającemu informacji, które wprost mają wpływ na ocenę ww. podstawy wykluczenia, czego Wykonawca zaniechał.

Wykonawca powinien zawrzeć w dokumencie JEDZ informację w zakresie nieprawidłowości w realizacji poprzednich umów o wykonanie zamówienia publicznego, w tym o naliczeniu kary umownej. Powyższe nie oznacza automatycznie stwierdzenia istnienia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, przy czym brak wykazania ww. okoliczności w dokumencie JEDZ stanowi o wprowadzeniu zamawiającego w błąd i uzasadnia wykluczenie wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zaniechanie przedstawienia przez Wykonawcę informacji w zakresie nienależytego wykonania umowy i naliczenia kar umownych (niezależnie czy wykonawca ze stanowiskiem tym się zgadza) pozbawiło Zamawiającego możliwości oceny tych okoliczności.

Na skutek pozyskania przez Zamawiającego dokumentów świadczących o szczegółach dotyczących przesłanek obciążenia Wykonawcy karami umownymi przez Gminę Myszków, Zamawiający uznał, iż został wprowadzony w błąd (a z całą stanowczością zostały mu przedstawione informacje wprowadzające w błąd) w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa Wykonawcy W. S., który zataił i nie podał Zamawiającemu informacji o fakcie związanym z nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Analiza linii orzeczniczej KIO prowadzi do wniosku, iż przedstawienie informacji nieprawdziwych jest równoznaczne z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd (vide wyrok KIO z dnia 18.04.2017 r., KIO 576/17). „Przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia podmiotu trzeciego), który pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy”. – vide wyrok KIO z dnia 25 września 2017 roku, sygn. akt KIO 1901/17. Podobnie w wyroku z dnia 18 grudnia 2017 roku, sygn.

akt KIO 2543/17 Izba wskazała, że „pojęcie ‘wprowadzenia w błąd’ (...) obejmuje sytuacje, w których wykonawca wprost przedstawia informacje niezgodne ze stanem faktycznym”. W wyroku z 03.10.2019 r., w sprawie C-267/18 Delta Antrepriza de Constructii si Montaj 93 SA v. Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (Legalis nr 2255993), Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyraził pogląd, że wykonawca powinien, kierując się wymogami przejrzystości i lojalności, poinformować Zamawiającego o swojej sytuacji (sporu co do rozwiązania umowy w związku z nienależytym wykonaniem poprzednio zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego), m.in. wykorzystać w tym celu formularz JEDZ. Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy Wykonawca winien był wykorzystać formularz JEDZ w celu ujawnienia Zamawiającemu faktu obciążenia go wysokimi karami umownymi.

Przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp są samodzielnymi przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania i nie są zależne od dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 Pzp. W ocenie Zamawiającego „rażącym niedbalstwem” Wykonawcy W. S., o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, było zaniechanie poinformowania Zamawiającego o fakcie obciążenia oraz skutecznego wyegzekwowania kar umownych przez Gminę Myszków. Tym samym w ocenie Zamawiającego miało miejsce wprowadzenie Zamawiającego w błąd, bowiem do czasu uzyskania informacji o rzeczonych karach umownych Zamawiający niewątpliwie kwalifikował Wykonawcę W. S. jako niepodlegającego wykluczeniu.

Jako podstawę wykluczenia wskazano również art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, który nie wymaga ziszczenia się skutku w postaci wprowadzenia w błąd, a jedynie przedstawienie informacji „wprowadzających w błąd”. „Istotą obydwu przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 p.z.p.) jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego) w sposób istotny wpływają na podejmowane przez niego decyzje.” - vide Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4.04.2023 r., KIO 732/23, LEX nr 3555099. Zdaniem Zamawiającego zachowanie Wykonawcy W. S. nosiło znamiona zachowania zamierzonego, celowego oraz świadomego i nastawionego na zatajenie informacji w przedmiocie nałożonych kar umownych, w celu wywołania skutku w postaci niemożności oceny podstawy wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 i 5 Pzp.

W kontekście wyżej przytoczonych okoliczności Wykonawca W. S. podlega wykluczeniu w oparciu o treść art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, bowiem zachowanie Wykonawcy wypełnia znamiona opisane w obu ww. przepisach. W tym miejscu Zamawiający wskazuje, iż Tut. Izba w Wyroku z dnia 11.10.2023 r. (KIO 2828/23) rozpoznając sprawę z odwołania W. S. (Zamawiający – Gmina Zielonki) stwierdziła, iż „stwierdzenie przez Izbę przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 możliwym jest poprzez odniesienie się do przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 tylko w kontekście wypełnienia dokumentu JEDZ”. W uzasadnieniu ww. wyroku Izba wskazała ponadto, iż brak przedstawienia Zamawiającemu informacji w przedmiocie kar umownych, niezależnie czy wykonawca uznaje kary te za zasadnie naliczone, kwalifikować należy jako wprowadzenie zamawiającego w błąd. Izba potwierdziła, iż taki sposób postępowania wykonawcy niewątpliwie wpływa na czynności zamawiającego, bowiem do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego zaliczyć należy informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy czy też odrzucenia oferty. Powyższe zapatrywania Izba podzieliła w postępowaniu w połączonych do rozpoznania sprawach KIO 2969/23 oraz KIO 2970/23, które również dotyczyły wykonawcy W. S. (Zamawiający – Gmina Krzeszowice). Izba potwierdziła, iż pytanie zawarte w JEDZ nie ma charakteru ocennego, pozostaje konkretne, jednoznaczne i nie odnosi się do przesłanki winy. Z tej przyczyny wykonawca wybierając odpowiedź w treści JEDZ powinien wypowiadać się jedynie o faktach, bez przeprowadzania ocen. Zatajenie przed Zamawiającym informacji w przedmiocie kar umownych samo w sobie stanowiło przedstawienie informacji niezgodnej z rzeczywistością, a zatem wprowadzającej w błąd.

Powyższe zostało potwierdzone m.in. w wyroku KIO z dnia 14 marca 2022 roku, sygn. akt KIO 449/22, w którym Izba stwierdziła, że: „Zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp, 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 pzp”.

Art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp

Analiza dokumentów w przedmiocie kar umownych nałożonych przez Gminę Myszków prowadzi do wniosku, iż Wykonawca podlega wykluczeniu również w oparciu o fakultatywną przesłankę opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp. W świetle treści art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów. W ocenie Zamawiającego analiza przesłanek, istotności i wysokości kar umownych, którymi Gmina Myszków obciążyła Wykonawcę W. S. stanowi o realizacji przesłanek nie tylko z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp ale także z pkt 5). Podstawowym obowiązkiem zawodowym przedsiębiorcy jest prowadzenie działalności gospodarczej zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wymogami branżowymi. W. S., co zostało dotychczas szeroko opisane, wielokrotnie dopuszczał się naruszania przepisów rangi

ustawowej.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10 stycznia 2023 r., sygn. KIO 3445/22 „działanie polegające na dosypywaniu odpadów, które nie były odbierane od Zamawiającego, ale trafiły z nimi na teren instalacji, za co płacił Zamawiający, stanowią o rażącym naruszeniu obowiązków zawodowych, prowadząc do nienależytego wykonywania przekazanej do wykonania podwykonawcy/dalszemu podwykonawcy usługi, stanowiącej przedmiot zamówienia. Poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych było również mieszanie odpadów w trakcie załadunku, a w szczególności zużytych opon, które podlegają innym procesom zagospodarowania, niż odpady komunalne. Powyższe czyniło zasadnym wykluczenie Wykonawcy z postępowania.” Opis sposobu naruszenia obowiązków wynikających z Umowy zawartej z Gminą Myszków pozwala stwierdzić, iż stan faktyczny pozostaje analogiczny jak przywołany w ww. wyroku Izby.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający pozyskał informację w przedmiocie nałożenia na wykonawcę – W. S., administracyjnych kar pieniężnych na mocy decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 1 lutego 2021 roku (znak: WP.7062.2.25.2020.MG) oraz decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 20 kwietnia 2022 roku (znak: WP.7062.2.8.2022.MG). Ponadto na mocy decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 3 lutego 2021 roku (znak: WP.7062.16.7.2020.MG) wykonawcy W. S. wstrzymano prawo prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania w procesie odzysku R12 i zbierania odpadów o kodzie 20 03 01 oraz przetwarzania w procesie odzysku R5 odpadów o kodzie 17 09 04 i 19 12 09. Zamawiający analizując powyższe decyzje uznał, iż dotyczą one naruszeń obowiązków zawodowych mających charakter istotny. Zgodnie bowiem z art. 189f § 1 pkt 1 kpa – „Organ administracji publicznej, w drodze decyzji, odstępuje od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i poprzestaje na pouczeniu, jeżeli waga naruszenia prawa jest znikoma, a strona zaprzestała naruszania prawa”. Przepis ten nakłada na organ obowiązek zastosowania pouczenia, w sytuacji gdy ustalona waga naruszenia prawa pozostaje znikoma. Z treści przywołanych decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska wynika, iż Wykonawca dopuścił się uchybień skutkujących powstaniem zagrożeń dla zdrowia i środowiska (magazynowanie odpadów na podłożu nieutwardzonym, brak zabezpieczenia odpadów w szczelnie zamykanych pojemnikach lub kontenerach). Z treści decyzji wynika, iż okoliczności naruszeń pozostają zawinione i nie mają charakteru incydentalnego, a stopień naruszeń pozostaje istotny. Organ stwierdził niezgodne z prawem magazynowanie odpadów. Organ w treści decyzji potwierdził zawinione naruszenie obowiązków zawodowych Wykonawcy, bowiem podstawowym obowiązkiem Wykonawcy jest prowadzenie działalności w sposób legalny oraz z poszanowaniem ochrony środowiska. Założenie to pozostaje niezwykle istotne w przypadku działalności polegającej na odbiorze i zagospodarowywaniu odpadów.

II.

Działając na podstawie art. 260 ust. 1 Pzp Zamawiający informuję o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych z terenu gminy Liszki w okresie od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r.” zgodnie z art. 255 pkt 3 Pzp – oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

W niniejszym postępowaniu do upływu terminu składania ofert tj. 08.08.2023 r., do godz. 12:00 złożono dwie oferty:

- 1) WYWÓZ NIECZYSTOŚCI ORAZ PRZEWÓZ ŁADUNKÓW W. S.; 42-202 Częstochowa, ul. Bór 169 – oferta została odrzucona.
- 2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J.; 31-841 Kraków, ul. Nad Drwiną 33; Cena oferty brutto: 8 796 662,64 zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał na stronie prowadzonego postępowania informację, iż może przeznaczyć na wykonanie niniejszego zamówienia kwotę: 7 834 065,38 zł. Cena oferty złożonej przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J. wynosząca 8 796 662,64 zł (oferta z najniższą ceną z pośród ofert nieodrzuconych) przewyższa tą kwotę.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 513 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp Wykonawcy, którego oferta została odrzucona przysługuje prawo wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Wskazania wymaga, że Izba orzeka w granicach zarzutów odwołania. Postępowanie przed Izbą jest kontrydiktoryjne. W przypadku odrzucenia oferty wykonawcy Izba dokonuje oceny z uwzględnieniem uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego.

Następnie zaważenia wymaga, że Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców z

postępowania, o których mowa m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 oraz 10 Pzp.

W sprawie nie ma sporu co do tego, że wypełniając JEDZ Odwołujący w części III pn. Podstawy wykluczenia, sekcja C pn. „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowym”, na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” zaznaczył odpowiedź: „Nie”. Nie jest także sporne, że Odwołujący wypełniając JEDZ w ww. sposób działał ze świadomością obciążenia go przez Gminę Myszków karami umownymi w wysokości 433.100,00 zł z tytułu nienależytego wykonania łączącej go z tą Gminą umowy, które zostały zaspokojone w pełnej wysokości z gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy oraz częściowo - jak Odwołujący wskazał na rozprawie – z faktur. Także nie jest też sporne, że Odwołujący nie wystąpił przeciwko Gminie Myszków na drogę sądową z roszczeniem o zapłatę kwot ww. kwot naliczonych mu kar umownych.

Spór dotyczy natomiast zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na wskazanej przez Zamawiającego podstawie z uwagi na wypełnienie się przesłanek dla wykluczenia tego wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, pkt 7 oraz pkt 8 i pkt 10 Pzp.

Zauważenia wymaga, że nie jest przedmiotem sporu, że część III, sekcja C JEDZ „Podstawy wykluczenia” dotyczy przedstawienia okoliczności o faktach, które pozwolą Zamawiającemu dokonać jednoznacznych ustaleń, czy wobec danego wykonawcy występują fakultatywne przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp przewidziane w SWZ. W związku z tym odpowiedź udzielana na pytanie zawarte w JEDZ winna pozostawać w związku z treścią ww. przepisów, wykonawca składając oświadczenie w formie JEDZ ma obowiązek uczynić to w sposób nie wprowadzający w błąd.

Różnica stanowisk polega na tym, iż zdaniem Odwołującego odpowiedź twierdząca na ww. pytanie w JEDZ powinna być udzielana wówczas, gdyby chodziło o okoliczności mające charakter jednoznaczny i pewny, tj. przede wszystkim takie, których wystąpienie zostało potwierdzone w wyniku rozstrzygnięcia sądowego, ugody pomiędzy stronami, uznania ze strony wykonawcy jako podmiotu realizującego zamówienie, decyzji administracyjnej, dokumentu urzędowego, a także każdego innego dowodu świadczącego niezbicie o wystąpieniu danego naruszenia, względnie innej podobnej czynności, której można przypisać walor obiektywizmu i wiarygodności, a nie w przypadku jednostronnych oświadczeń, czy podobnych rodzajowo dokumentów opracowanych wyłącznie przez innego zamawiającego w ramach wcześniejszego zamówienia, jak np. oświadczenie o naliczeniu kary umownej, bez wcześniejszego wykazania podstawy do dokonania tej czynności. W związku z tym, skoro nie ma takiego rozstrzygnięcia, a Odwołujący nie uznaje zasadności naliczenia mu kar umownych przez Gminę Myszków, to jego zdaniem nie miał obowiązku udzielenia w JEDZ odpowiedzi twierdzącej, a zatem nie występują przesłanki wykluczenia go z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp. Nie występują także przesłanki wykluczenia go z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 Pzp.

Zdaniem Zamawiającego natomiast Odwołujący, udzielając odpowiedzi negatywnej na ww. pytanie, pomimo świadomości naliczenia mu kar umownych przez Gminę Myszków, zataił istotne informacje, które były niezbędne dla oceny zaistnienia przewidzianych w SWZ fakultatywnych podstaw wkluczenia Wykonawcy z postępowania, nadto poczynione przez niego ustalenia wskazują, że wypełniły się przesłanki wykluczenia, o których mowa zarówno w art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 Pzp jak też w pkt 5 i pkt 7 tego przepisu.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że w okolicznościach analizowanej sprawy, pomimo, iż Odwołujący udzielił w JEDZ, złożonym w analizowanym postępowaniu, odpowiedzi negatywnej na ww. pytanie i nie poinformował o zaistnieniu zdarzeń wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający dokonał analizy okoliczności związanych tym, iż Odwołujący został obciążony przez Gminę Myszków karami umownymi w łącznej kwocie 433.100,00 zł. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający przedstawił wyniki przeprowadzonej analizy kar umownych naliczonych przez Gminę Myszków, ich wysokości i powodów naliczenia za okres od 15.02.2021 do 12.09.2022 r. oraz swoje stanowisko w zakresie wypełnienia się przesłanek wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

W odwołaniu Odwołujący nie przeprowadził natomiast rzeczowej polemiki ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Zamawiającego w kwestii przedmiotowych kar umownych, nie przedstawił przekonującej argumentacji zmierzającej do wykazania, dlaczego jego zdaniem poszczególne kary umowne nie są zasadne, dlaczego stwierdzone w nich nieprawidłowości wykonywania umowy nie mogą stanowić o zaistnieniu podstaw do stwierdzenia wypełniania się wobec niego przesłanek wykluczenia wskazanych przez Zamawiającego. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są ogólnikowe i wskazują, że skoro twierdzi, że naliczenie kar umownych przez Gminę Myszków było niezasadne, a nie ma np. rozstrzygnięcia sądu w przedmiocie zapłaty otrzymanej przez Gminę Myszków równowartości kwoty kar umownych (o które to rozstrzygnięcie, jak wynika z odwołania, nawet nie wystąpił) to Zamawiający nie powinien za miarodajne dla dokonywanej oceny przyjmować stanowiska tej Gminy. Tymczasem w sytuacji, gdy Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty z 30 listopada 2023 r., rzeczowo i kompleksowo przedstawił swoje stanowisko co do podstaw

wykluczenia Wykonawcy, a więc inaczej niż to uczynił w piśmie, które było przedmiotem analizy przez Izbę w sprawie KIO 2904/23, dla wykazania zasadności swoich twierdzeń, Odwołujący, jako profesjonalista i strona umowy z Gminą Myszków, nie powinien rezygnować z wykazania w odwołaniu, iż nie wystąpiły z jego strony nieprawidłowości przy wykonywaniu umowy wskazywane przez Zamawiającego. W ocenie Izby dowody złożone na rozprawie tego również nie wykazują. Sam fakt odesłania noty księgowej z lakonicznym uzasadnieniem, że Wykonawca traktuje karę za bezpodstawną, że zgłoszone roszczenie nie jest uzasadnione, np. pismo z 5 marca 2023 r., dotyczące noty księgowej na kwotę 202 400,00 zł, samo w sobie nie stanowi o wykazaniu braku zasadności naliczenia kary umownej. Tym bardziej, że z doświadczenia życiowego wynika, że nie jest odosobniona praktyka wzajemnego odsyłania not obciążeniowych. Również pisma Odwołującego skierowane do Gminy Myszków dotyczące, jego zdaniem, braku podstaw do naliczenia kar umownych, przedłożone bez zaznaczenia czy, a jeśli tak, to jaka była na nie odpowiedź tej Gminy, nie mogą stanowić wystarczającego dowodu na okoliczność braku naruszeń przy wykonywaniu umowy. Z kolei złożone przez Odwołującego na rozprawie harmonogramy odbioru odpadów za okres od lipca do grudnia 2022 r. w sytuacji, gdy dziewięć z jedenastu przekazanych przez Odwołującego na rozprawie pism dotyczy not księgowych wystawionych do 29 kwietnia 2022 r., a dwa pozostałe, to noty z 25 sierpnia 2022 r. i 21 września 2022 r., zaś spór dotyczy trzynastu not księgowych wystawionych w okresie od 15 lutego 2021 r. do 12 września 2022 r., nie mogą być uznane za miarodajne dla oceny rozmiarów świadczonej usługi w spornym okresie.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania wskazania w szczególności wymaga:

Ad zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

Zdaniem Odwołującego Zamawiający niezasadnie zastosował przesłankę odrzucenia jego oferty określoną w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp bowiem neguje on występowanie podnoszonych wobec niego nieprawidłowości w zakresie realizacji usługi, a także zasadność każdej z naliczonych kar umownych, nadto odsyłał bez księgowania wszelkie noty obciążeniowe wystawiane przez Gminę Myszków tytułem naliczonych kar umownych, a dotychczas brak jest w obrocie prawnym jakiegokolwiek rozstrzygnięcia niezależnego organu lub sądu, które potwierdzałyby wystąpienie nieprawidłowości, których dotyczą naliczone kary, ich zaspokojenie zaś nastąpiło poprzez uruchomienie bezwarunkowej gwarancji ubezpieczeniowej udzielonej na rzecz gminy Myszków, któremu Odwołujący (z uwagi na bezwarunkowość gwarancji) nie mógł przeciwdziałać. Nadto kary umowne naliczone przez gminę Myszków – niezależnie od braku zasadności ich żądania – nie posiadają charakteru odszkodowawczego, a ranga przypisywanych Odwołującemu nieprawidłowości przy realizacji zamówienia na rzecz Gminy Myszków – nawet przy przyjęciu, iż doszło do wykazania ich wystąpienia – w obliczu, tak postanowień, jak i realiów wykonywania umowy zawartej pomiędzy tą Gminą a Odwołującym, nie może być kwalifikowana jako naruszenia znaczne, czy też długotrwale.

W ocenie Zamawiającego natomiast wystąpiły przesłanki dla zastosowania zakwestionowanej przez Odwołującego podstawy odrzucenia jego oferty, które zostały przedstawione w informacji o tej czynności. Stanowisko Gminy Myszków w tym przedmiocie jest jasne, nie budzi wątpliwości i potwierdza zasadność zastosowania kar umownych. Na skutek naruszeń umowy przez Odwołującego Gmina Myszków poniosła szkodę, co potwierdziła w odpowiedzi w zadane przez Zamawiającego pytania. To, że Gmina Myszków nie oszacowała szkody finansowej, nie pozostaje niczym nadzwyczajnym, bowiem kara umowna z natury stanowi formę zryczałtowanego odszkodowania. Nie sposób zater podzielić argumentacji Odwołującego, jakoby kara umowna nie miała w przedmiotowym przypadku funkcji odszkodowawczej.

W ocenie Izby należy podzielić stanowisko Zamawiającego.

Jak wskazuje powyżej przedstawiona treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, w okolicznościach analizowanej sprawy, Zamawiający odniósł się do przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zgodnie z którym wykazania wymaga, że Wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie oraz że nastąpiło to z przyczyn leżących po jego stronie i skutkowało np. zapłatą odszkodowania. Zamawiający poczynił w tym zakresie ustalenia, w tym występując do Gminy Myszków oraz dokonał ich oceny i stwierdził, że miało miejsce nienależyte wykonanie zamówienia oraz że nastąpiło to w sposób wskazujący na wypełnienie się przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zauważenia przy tym wymaga, że dla poczynienia ustaleń w omawianym zakresie nie jest konieczne wykazanie istnienia wyroku sądu czy ewentualnie innego organu rozstrzygającego spór pomiędzy Wykonawcą a Gminą Myszków.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego dał wyraz dokonanej ocenie naruszeń umowy przez Wykonawcę, przedstawił w czym upatruje wypełnienia się ww. przesłanki. Wskazał, dlaczego uznaje, że nienależyte wykonanie umowy następowało z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Zaznaczył przy tym, że Wykonawca w treści wyjaśnień (do których został wezwany przez Zamawiającego) nie kwestionował tego, że kary umowne nałożone przez Gminę Myszków dotyczą jego, nie wskazywał, że są one wynikiem działania/zaniechania osoby lub podmiotu trzeciego, za którego działania nie ponosi odpowiedzialności, nadto nie przedstawił żadnych argumentów, które pozwoliłyby podać w wątpliwość spełnienie tej przesłanki. Wyjaśnił jakich przyczyn uznaje, że Wykonawca ponosi winę w postaci co najmniej rażącego niedbalstwa, wobec braku zapewnienia odpowiedniej kontroli pracowników celem zapewnienia należytej realizacji umowy, co wyłącznie Wykonawcą. Zamawiający wskazał, że łączną sumę kar umownych zestawiał zarówno z wartością (maksymalną) kontraktu oraz kwotą zabezpieczenia prawidłowego wykonania umowy i uznał, że suma ta oraz rodzaj naruszeń wskazuje na znaczny stopień naruszeń. Zamawiający wskazał na podstawowe obowiązki umowne Wykonawcy, które zostały przez niego naruszone i wielokrotność ich naruszania, co stanowi o nienależytym wykonywaniu umowy. Powołując się na przytoczone orzecznictwo, Zamawiający wskazał także na sposób rozumienia odszkodowania, wskazując, iż należy przez nie rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 k.c.), bowiem istota kar umownych sprowadza się do ryczałtowego charakteru naprawienia szkody, która zdaniem Zamawiającego powstała po stronie Gminy Myszków na skutek nienależytego wykonywania przez Wykonawcę umowy. Nie sposób odmówić racji Zamawiającemu, który uznał, iż Gmina Myszków poniosła szkodę majątkową wynikającą np. z konieczności zapłaty za odpady, które to koszty nie zostałyby przez nią poniesione, gdyby Wykonawca prawidłowo realizował umowę, tj., gdyby realizował umowę wyłącznie przy wykorzystaniu pojazdów opróżnionych oraz nie świadczył usługi na jej rzecz oraz klientów indywidualnych Wykonawcy przy pomocy tych samych pojazdów. Jak wyżej wskazano Odwołujący nie przedstawił argumentów jak też nie przedstawił dowodów na okoliczność, iż takie sytuacje nie miały miejsca. Ogólnikowe informacje o kwestionowaniu ustaleń Gminy Myszków nie są wystarczające do stwierdzenia, że nieprawidłowości, na które wskazuje Gmina Myszków nie przedstawiają rzeczywistego stanu rzeczy. Również to, że Gmina ta nie odstąpiła od umowy zawartej z Odwołującym nie jest potwierdzeniem, iż wskazane przez Gminę nieprawidłowości przy wykonywaniu umowy przez Wykonawcę nie miały miejsca. Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w przywołanym przez Zamawiającego wyroku Izby wydanym w sprawie KIO 3078/21 z dnia 19 listopada 2021 r. z którego wynika, że w pojęciu odszkodowania, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp mieszczą się również ustalone w umowie w oparciu o art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, bowiem zapłata określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W związku z tym 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 art. 471 Kodeksu cywilnego lub w pozasądowym trybie.

Ad zarzut nr 2 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 Pzp Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację.

Zdaniem Odwołującego naruszenie ww. przepisów nastąpiło z uwagi na to, że Zamawiający przyjął, iż wystąpiła ww. podstawa wykluczenia, nie wskazując w treści uzasadnienia zaskarżonych czynności jakie konkretne, zindywidualizowane co do treści obowiązki zawodowe naruszył Odwołujący w ramach realizacji zamówienia na rzecz Gminy Myszków, nie zebrał i nie przedstawił dowodów mających wykazać, iż zarzucane Wykonawcy nieprawidłowości przy realizacji umowy faktycznie wystąpiły, co uniemożliwia ustalenie, że do tych naruszeń doszło, jak również, że Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył swoje obowiązki zawodowe, co podważałoby jego uczciwość, w tym w szczególności przyjęcie, aby w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonywał zamówienie na rzecz Gminy Myszków.

Nadto zdaniem Odwołującego nałożenie przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony na niego kar administracyjnych w związku z gospodarowaniem odpadami nie mieści się w dyspozycji normy z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, a co najwyższej mogłoby być rozpoznawane przez pryzmat podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, która nie została przewidziana przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

W ocenie Izby należy uznać, że wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający przedstawił uzasadnienie także dla tej podstawy wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy należy czytać w całości. W okolicznościach analizowanej sprawy w sytuacji, gdy w określonym zakresie ustalenia dla zastosowania przesłanki określonej w pkt 5 art. 109 ust. 1 Pzp są analogiczne jak dla przesłanki określonej w pkt 7 tego przepisu, nie ma potrzeby ich powtarzania, wystarczy wskazanie na tę okoliczność, co miało miejsce.

Zamawiający wyraźnie wskazał, że przeprowadzona przez niego analiza dokumentów dotyczących kar umownych nałożonych przez Gminę Myszków, istotności i wysokości kar umownych, doprowadziła go do wniosku, iż Wykonawca podlega wykluczeniu nie tylko w oparciu o szeroko omówione przesłanki określone w pkt 7, ale też w oparciu o przesłankę określoną w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Z ustaleń Zamawiającego przedstawionych powyżej w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w tym analizy tytułów naliczenia przez Gminę Myszków poszczególnych kar umownych wynika, że według Zamawiającego poważnym naruszeniem przez Odwołującego obowiązków zawodowych było działanie polegające na doprowadzaniu do tego, aby Gmina Myszków płaciła także za odpady, które nie były odbierane przez Wykonawcę w ramach umowy z nią zawartej, czy też mieszanie przez Wykonawcę odpadów zbieranych selektywnie.

Jak słusznie zauważył Zamawiający podstawowym obowiązkiem zawodowym przedsiębiorcy jest prowadzenie działalności gospodarczej zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz wymogami branżowymi. Odwołujący natomiast poprzez wskazane w informacji o odrzuceniu jego oferty działania niejednokrotnie naruszał przepisy go wiążące przy wykonywaniu umowy na rzecz Gminy Myszków, wynikające ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach i przepisów wykonawczych, w tym dotyczące zakazu mieszania selektywnie zebranych odpadów komunalnych z niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi odbieranymi od właścicieli nieruchomości oraz selektywnie zebranych odpadów komunalnych różnych rodzajów ze sobą, a także wykonania usługi na terenie Gminy Myszków pojazdem zawierającym odpady.

Jeśli chodzi o przedstawioną w omawianym zakresie argumentację Zamawiającego dotyczącą nałożenia na Wykonawcę administracyjnych kar pieniężnych na mocy decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 1 lutego 2021 roku (znak: WP.7062.2.25.2020.MG) oraz decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 20 kwietnia 2022 roku (znak: WP.7062.2.8.2022.MG). Ponadto na mocy decyzji Opolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 3 lutego 2021 roku (znak: WP.7062.16.7.2020.MG) wykonawcy W. S. wstrzymano prawo prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania w procesie odzysku R12 i zbierania odpadów o kodzie 20 03 01 oraz przetwarzania w procesie odzysku R5 odpadów o kodzie 17 09 04 i 19 12 09, to jakkolwiek wskazuje ona na istnienie po stronie Wykonawcy nieprawidłowości w wykonywaniu obowiązków zawodowych w dziedzinie ochrony środowiska, to jednak zauważenia wymaga, że okoliczność ta stanowi samodzielną fakultatywną przesłankę wykluczenia wymienioną w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, zgodnie z *którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną, która nie została przewidziana przez Zamawiającego w analizowanym postępowaniu. W związku z tym sam fakt wydania ww. decyzji administracyjnych (niekwestionowany przez Odwołującego) sam w sobie nie mógłby przesądzać o wypełnieniu się omawianej przesłanki wykluczenia.*

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że Wykonawca naruszył obowiązki zawodowe w stopniu poważnym oraz że nastąpiło to w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa. Za naruszenie obowiązków zawodowych należy bowiem uznać m.in. naruszenia zobowiązań środowiskowych czy też nienależyte wykonanie zobowiązań umownych. Dowodami w tym zakresie są zarówno dokumenty urzędowe jak też dokumenty prywatne.

Ad zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 oraz art. 16 pkt 3 i art. 253 ust. 1 Pzp

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*

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

W myśl art. 16 pkt 3 Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny.*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający niezasadnie przyjął, że niepodanie przez niego w JEDZ informacji o naliczeniu przez Gminę Myszków kary umownej w związku z realizacją umowy na wykonywanie zamówienia publicznego, mogło mieć i miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania, bowiem okoliczność ta pozostawała bez znaczenia dla rozstrzygnięcia Postępowania, albowiem nawet w przypadku jej ujawnienia w JEDZ nie doprowadziłaby do aktywowania się wobec Wykonawcy przesłanki wykluczenia, a tym samym była ona obojętna dla decyzji Zamawiającego, które podjął on lub mógł podjąć w toku Postępowania.

Według Zamawiającego natomiast udzielenie przez Odwołującego w JEDZ odpowiedzi przeczącej, w świetle poczynionych przez niego ustaleń wskazuje na wystąpienie przesłanek wykluczenia Wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 in 10 Pzp.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy należy podzielić stanowisko Zamawiającego. W pierwszej kolejności, Izba podziela pogląd wyrażony w opinii Urzędu Zamówień Publicznych (*Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności.*

Jak wyżej wskazano, w okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający przedstawił wyczerpującą analizę dotyczącą wypełnienia się przesłanek odrzucenia oferty Odwołującego, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp. W związku z tym wobec faktu, iż ww. pytanie w dokumencie JEDZ służy weryfikacji istnienia przewidzianych przez Zamawiającego podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, Odwołujący powinien przedstawić informacje o faktach zaistniałych w toku realizacji umowy z Gminą Myszków, bowiem wyczerpywały one znamiona działań uzasadniających wykluczenie z postępowania na wskazanych w SWZ podstawach. Nawet jeśli, jak obecnie twierdzi, jego zdaniem naliczenie kar umownych przez tę Gminę nie było zasadne, to bez wątpienia miał świadomość nie tylko co do faktu ich nałożenia, ale też co do faktu, iż Gmina Myszków uzyskała pokrycie pełnej ich wysokości, jak też co do tego, że nie podjął prawnych kroków, które zakończyłyby się jego sukcesem, zmierzających do odzyskania kwot stanowiących równowartość naliczonych mu kar umownych. W okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający powinien zatem uzyskać pełną informację o tych faktach i mieć możliwość dokonania oceny, czy mimo ich zaistnienia, istnieje uzasadnienie dla uznania rzetelności Wykonawcy i stwierdzenia braku wypełnienia się przewidzianych w SWZ fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania. Poprzez zatajenie informacji o naliczeniu przez Gminę Myszków ww. kar umownych Odwołujący, pomimo, iż jako profesjonalista, powinien sobie zdawać sprawę, że mogą być one oceniane przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, pozbawił Zamawiającego możliwości dokonania takich ocen, jak też naraził się na negatywne konsekwencje, na które obecnie wskazuje, pomijając, iż sam się przyczynił do ich wystąpienia.

W związku z tym udzielenie w JEDZ przez Odwołującego na przedmiotowe 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?*, odpowiedzi przeczącej, wskazuje na wypełnienie się przesłanek o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Stanowiło to bowiem udzielenie, co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa, informacji niezgodnej z rzeczywistym stanem rzeczy, która mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Należy podzielić stanowisko wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym: „Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który „oczyściłby się” z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musiał być transparentny w tym zakresie i „zaoferować” Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23.08.2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19).

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut ewentualny, postawiony – jak stwierdził Odwołujący - z daleko idącej ostrożności procesowej, dotyczący naruszenia art. 110 ust. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 Pzp

Stosownie do art. 110 ust. 2 Pzp *Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:*

1) *naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim*

nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;*
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:*
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,*
 - b) zreorganizował personel,*
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,*
 - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,*
 - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.*

W tym aspekcie przede wszystkim zauważenia wymaga, że w celu samooczyszczenia, o którym mowa w ww. przepisie, wykonawca jest zobowiązany z własnej inicjatywy, a zatem bez wezwania ze strony zamawiającego, podać w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, że zachodzi wobec niego odpowiednia podstawa wykluczenia oraz wskazać opis środków naprawczych i zapobiegawczych. Udowodnienie swojej rzetelności należy do wykonawcy, który w związku z tym powinien przedłożyć w tym zakresie przekonujące dowody.

W okolicznościach analizowanej sprawy, skoro Odwołujący nie udzielił lojalnie twierdzącej odpowiedzi na ww. pytanie w JEDZ dotyczące podstaw wykluczenia i nie podjął jednocześnie działań w celu samooczyszczenia, nie ma uzasadnienia dla rozważania zastosowania art. 110 ust. 2 Pzp.

Ad zarzut naruszenia art. 260 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 3 Pzp

Stosownie do art. 260 ust. 1 Pzp *O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Zgodnie z art. 255 pkt 3 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Jak wynika z przedstawionej powyżej informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania, Zamawiający zawiadomił wykonawców także o unieważnieniu postępowania w myśl przepisu art. 260 ust. 1 Pzp. Zdaniem Odwołującego naruszenie ww. przepisu nastąpiło poprzez unieważnienie Postępowania w sytuacji, gdy niepodlegający wykluczeniu Odwołujący jako wykonawca złożył ofertę opiewającą na cenę, która nie przekracza kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tymczasem, jak wyżej wskazano, w sprawie zostało wykazane, że odrzucenie oferty Odwołującego nie było bezpodstawne. W związku z tym również ww. zarzut nie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze *Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....