

**WYROK**  
z dnia 27 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Mateusz Paczkowski**  
**Członkowie: Małgorzata Jodłowska**  
**Maria Kacprzyk**  
**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2023 r. przez **wykonawcę Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Brwinów**

przy udziale:

- wykonawcy **Arbud Investment Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze 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 3727/23

**UZASADNIENIE**

Zamawiający: Gmina Brwinów (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowę budynku szkoły w Parzniewie wraz z zagospodarowaniem terenu”. Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 października 2023 r. pod nr 2023/S 194-606759.

Dnia 11 grudnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 505 i art. 513 ustawy Pzp, odwołanie złożył Wykonawca Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na:

a) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Arbud Investment Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu (zwanej dalej „Arbud”);

b) zaniechania czynności odrzucenia oferty Arbud i wykluczenia Arbud z postępowania;

c) zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Arbud i wykluczenia Arbud z postępowania, w sytuacji gdy wykonawca ten z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania w postaci kary umownej

2) art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Arbud, w sytuacji gdy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności poprzez przedstawienie Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd oraz zatajenie informacji dotyczących naliczenia Arbud kar umownych za nieterminowe wykonanie zamówienia na rzecz 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego, co miało wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu oraz doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości, proporcjonalności, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

3) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Arbud oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych wykonawców.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty Arbud jako najkorzystniejszej,

b) dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonania odrzucenia oferty Arbud i wykluczenia Arbud z postępowania na podstawie i z przyczyn wskazanych w odwołaniu,

c) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych wykonawców.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wskazał, że złożona przez niego oferta w postępowaniu została sklasyfikowana na drugim miejscu rankingu ofert.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 1 grudnia 2023 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 11 grudnia 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

#### Stanowisko Odwołującego:

W uzasadnieniu zarzutów odwołania w zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący podał, że wykonawca Arbud w dniu 11 kwietnia 2023 r. zawarł umowę z 42 Bazą Lotnictwa Szkolnego będącą wynikiem wcześniej przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przedmiotem umowy był remont posadzki w budynku nr 46 – Hangar 4 w m. Radom. Wartość zawartej umowy wyniosła 202 051,14 zł brutto. Termin realizacji zamówienia został określony na dzień 31 lipca 2023 r. Faktyczne wykonanie robót nastąpiło dopiero w dniu 18 sierpnia 2023 r. Odbiór końcowy nastąpił w dniu 22 sierpnia 2023 r. Ówczesny zamawiający naliczył wykonawcy Arbud karę umowną w wysokości 3.6% wynagrodzenia umownego tytułem nieterminowego wykonania zamówienia. Podkreślenia wymaga, że przedmiotowa kara została naliczona za zwłokę wykonawcy w wykonaniu zobowiązania, czyli za opóźnienie wywołane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy. W związku z naliczeniem kary umownej ówczesny zamawiający dokonał potrącenia, a finalnie wypłacone wykonawcy Arbud wynagrodzenie wyniosło jedynie 194 777,30 zł brutto. Zaistnienie przedmiotowych okoliczności faktycznych zostało całkowicie zatajone przez Arbud. Obecny Zamawiający został pozbawiany możliwości oceny przedmiotowych faktów, w szczególności w zakresie zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, czy też pozyskania dodatkowych informacji ze strony 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego.

Odwołujący podkreślił, iż kara umowna została nałożona przez 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego w związku ze zwłoką wykonawcy Arbud, co nie było również przedmiotem sporu pomiędzy stronami umowy. A zatem nieterminowe wykonanie zamówienia było wynikiem działań, za które Arbud ponosi odpowiedzialność. Gdyby przyczyny nieterminowego wykonania zamówienia nie leżały po stronie wykonawcy wykonawca Arbud, ówczesny zamawiający nie miałby prawa naliczenia kary za zwłokę. Ponadto, z udostępnionej dokumentacji wynika, że przy realizacji zamówienia nie wystąpiły żadne okoliczności wyłączające odpowiedzialność wykonawcy Arbud. Wręcz przeciwnie w dokumentacji wskazuje się na: „miejscowe zarysowania, wyrzuszenia, oraz odspojenia części posadzki hali hangarowej, które obciążają Wykonawcę i nie pozwalają dokonać odbioru”. Stanowisko 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego jest całkowicie jednoznaczne, tj. przyczyny nieterminowej realizacji zamówienia leżały po stronie wykonawcy Arbud. Co jednak najistotniejsze, wykonawca Arbud nie tylko nie wniósł jakiegokolwiek powództwa przeciwko ówczesnemu zamawiającemu, ale nigdy nawet nie zakwestionował zasadności nałożenia przez niego kary umownej z tytułu nieterminowego wykonania zamówienia. Tym samym wykonawca Arbud przynajmniej pośrednio potwierdził, że zaistniała zwłoka w realizacji zamówienia, co oczywiste z przyczyn leżących po jego stronie.

Według Odwołującego zwłoka wynosząca 18 dni przy terminie realizacji wynoszącym 108 dni stanowi o nienależytym wykonaniu w znacznym stopniu. Podkreślenia wymaga, że za nieterminową realizację nałożono karę wynoszącą aż 3.6% wynagrodzenia, gdzie przewidziana maksymalna kara za odstąpienie od umowy wynosiła 5% wynagrodzenia. Wydłużenie realizacji zamówienia o blisko 1/5 pierwotnego terminu jest uchybieniem o charakterze istotnym.

Odwołujący zaznaczył przy tym, że przedmiotem zamówienia był remont hangaru, który w czasie prac nie mógł być wykorzystywany przez wojsko. Biorąc pod uwagę, że funkcjonowanie obiektów wojskowych ma związek z bezpieczeństwem kraju, szczególnie w obliczu konfliktu zbrojnego w Ukrainie, nie może być mowy o uznaniu tego przypadku, niezależnie nawet od wysokości naliczonych kar umownych w kwotowym ujęciu, za nieistotny z punktu widzenia zamawiającego.

Odwołujący podniósł także, że skoro Arbud nie był w stanie należyście wykonać zamówienia o mniejszej wartości, Zamawiający nie może mieć żadnej pewności, że będzie w stanie wykonać zamówienie bardziej skomplikowane na budowę budynku szkoły w Parzniewie. Wykonawca Arbud nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia, a jego wybór narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem wykonawcy dający taką rękojmię pozbawieni zostali możliwości uzyskania zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że Arbud nie uwzględnił w ramach swojego oświadczenia zawartego w formularzu JEDZ faktu naliczenia kar umownych z tytułu nieterminowego wykonania zamówienia na rzecz 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego. Jednocześnie treść pytania zawarta w formularzu JEDZ jest jasna i odnosi się do obiektywnie określonej okoliczności polegającej na stwierdzeniu znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową.

Odwołujący wskazał, że poprzez zatajenie informacji dotyczących naliczenia kar umownych wykonawca Arbud pozbawił Zamawiającego, będącego gospodarzem postępowania, możliwości dokonania samodzielnej oceny przesłanek wykluczenia. Wykonawca Arbud poniósł odpowiedzialność odszkodowawczą związaną z nieprawidłową realizacją wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wprost potwierdza fakt naliczenia temu wykonawcy kary umownej. Już sama ta okoliczność, co zostało już wcześniej wskazane, determinuje konieczność udzielenia zgodnej z prawdą, tj. pozytywnej odpowiedzi na pytanie zadane w treści formularza JEDZ.

Odwołujący podał także, że błędny JEDZ został przekazany przez wykonawcę Arbud w celu zyskania nieuczciwej przewagi nad konkurencją i uzyskania zamówienia. Z powyższych względów jest to działanie sprzeczne z dobrym obyczajem i co najmniej zagrażające interesom innych, rzetelnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Sprzeczne z dobrym obyczajem jest również wprowadzenie w błąd Zamawiającego oraz zatajenie kluczowych informacji w celu uzyskania zamówienia. Wykonawca Arbud, który celowo lub niedbale przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do wykazania braku podstaw wykluczenia, dopuszcza się niewątpliwie działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Celem było uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą, traciła szansę na uzyskanie zamówienia. Bez wątpliwości działaniem wykonawcy Arbud naruszał interes innych przedsiębiorców w postępowaniu, którzy mieli utrudniony dostęp do zamówienia. Naruszało także interes Zamawiającego, poprzez narażenie go na realizację zamówienia przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz nie dającego rękojmi należytego wykonania zamówienia. Ponadto, działaniem przeciw interesowi Zamawiającemu jest przekazanie mu w toku postępowania wprowadzających w błąd i nieprawdziwych informacji, a także zatajenie informacji mających istotne

znaczenie dla oceny zaistnienia podstaw wykluczenia.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Arbud. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto, Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty Arbud, pomimo, że nie jest ona najkorzystniejsza, gdyż podlega odrzuceniu ze względów wskazanych powyżej. Zatem taki sposób rozstrzygnięcia postępowania stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 22 grudnia 2023 r. Odwołujący złożył ponadto pismo procesowe, w którym podtrzymał dotychczasowe stanowisko co do uwzględnienia odwołania w całości.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 20 grudnia 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie – wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający wskazał, że nie miał podstaw do kwestionowania oświadczenia JEDZ wykonawcy Arbud i wykluczenia go na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a w konsekwencji do uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp. Podobnie, zdaniem Zamawiającego, w obliczu wykazania w uzasadnieniu swojego stanowiska do pierwszego z zarzutów, wykonawca Arbud, wypełniając dokument JEDZ nie naruszył przepisów prawa, a co za tym idzie - Zamawiający nie został wprowadzony w błąd, zaś Odwołujący nie wykazał, aby wykonawca dopuścił się sprzecznego z dobrymi obyczajami postępowania, nie ma miejsca zdarzenie możliwe do zakwalifikowania jako czyn nieuczciwej konkurencji.

#### Stanowisko Przystępującego:

W dniu 21 grudnia 2023 r. Arbud złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszej pozycji w rankingu ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Arbud Investment Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Arbud Investment Sp. z o. o. z siedzibą w Radomiu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 grudnia 2023 r. złożonej przez Zamawiającego, pisma procesowego z dnia 21 grudnia 2023 r. złożonego przez Arbud, oraz pisma procesowego Odwołującego z dnia 22 grudnia 2023 r., a także dowody przedstawione na posiedzeniu przez Przystępującego.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:**

W dniu 11 kwietnia 2023 r. Arbud zawarł z 42 Bazą Lotnictwa Szkolnego w Radomiu umowę w sprawie zamówienia publicznego na remont posadzki w budynku nr 46 – Hangar 4 w m. Radom. W § 9 ust. 1 tejże umowy określono termin realizacji remontu posadzki do dnia 31 lipca 2023 r.

Pismem z dnia 26 lipca 2023 r. Arbud poinformował 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego o gotowości do odbioru przedmiotu umowy. Następnie, jak wynika z *Notatki służbowej* z dnia 16 sierpnia 2023 r., w tymże dniu odbyła się wizja lokalna przedstawiciele 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego oraz Arbud, podczas której stwierdzono *niektóre zarysowania, wyrzuszenia oraz odspojenia remontowanej części posadzki hali hangarowej, które obciążają Wykonawcę i nie pozwalają dokonać odbioru końcowego z ww. usterek. Przedstawiciel Wykonawcy zobowiązał się do szybkiego usunięcia wskazanych usterek i zgłoszenia Zamawiającemu ostatecznego zakończenia robót. W Notatce służbowej z dnia 16 sierpnia 2023 r. wskazano także, że pomimo wcześniejszego zgłoszenia Wykonawcy o zakończeniu wszelkich prac budowlanych oraz uporządkowaniu miejsca wykonywanych robót, a także gotowości do odbioru przedmiotu zamówienia (...) przedmiot umowy nie został ostatecznie zakończony, co skutkuje nie dotrzymaniem terminu umowy.*

Z *Protokołu odbioru* z dnia 22 sierpnia 2023 r. wynika, że w dniu 22 sierpnia 2023 r. 42 Baza Lotnictwa Szkolnego dokonała odbioru końcowego remontu posadzki, natomiast same roboty zostały wykonane w dniu 18 sierpnia 2023 r. Jakość wykonanych robót określono jako dobrą.

Pismem z dnia 25 sierpnia 2023 r. 42 Baza Lotnictwa Szkolnego poinformowała Arbud o naliczeniu kary umownej za każdy dzień zwłoki w wykonaniu zamówienia w wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego, tj. 7 273,84 zł brutto za 18 dni zwłoki. Niniejsza kwota została zgodnie z pismem 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego potrącona z wynagrodzenia dla Arbud.

Przechodząc do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku szkoły w Parzniewie wraz z zagospodarowaniem terenu, Zamawiający w punkcie VII SWZ przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1, 4 i 7 ustawy Pzp.

Arbud w złożonym dokumencie JEDZ (Części III „Podstawy wykluczenia” pkt C: 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 nałożono odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?* udzielił odpowiedzi NIE.

W dniu 1 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego.

#### **Uzasadnienie prawne:**

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zasadniczo okoliczności faktyczne sprawy, a przede wszystkim fakt nałożenia kary umownej za 18-dniową zwłokę w kwocie 7 273,84 zł brutto na Arbud przez 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego w Radomiu w związku z realizacją zamówienia na remont posadzki w budynku nr 46 – Hangar 4 w m. Radom, nie stanowiły kwestii spornej pomiędzy Stronami oraz Przystępującym.

W ocenie Izby kluczowa część sporu w niniejszej sprawie sprowadzała się w głównej mierze co do kwalifikacji, czy

zaistniała zwłoka przy realizacji remontu posadzki przez Arbud, która doprowadziła do naliczenia kary umownej, oznaczała, że Arbud w znacznym stopniu nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz tego, czy poprzez nie poinformowanie Zamawiającego o fakcie naliczenia tej kary umownej Arbud wprowadził Zamawiającego w błąd dopuszczając się czynu nieuczciwej konkurencji.

#### Zarzut nr 1

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący podnosił w tym kontekście, że zwłoka wynosząca 18 dni przy terminie realizacji wynoszącym 108 dni stanowi o nienależycym wykonaniu w znacznym stopniu. Odwołujący zaznaczył przy tym, że przedmiotem zamówienia był remont hangaru, który w czasie prac nie mógł być wykorzystywany przez wojsko. Zdaniem Odwołującego, niezależnie od wysokości naliczonych kar umownych, o istotności zobowiązania świadczy też to, że funkcjonowanie obiektów wojskowych ma związek z bezpieczeństwem kraju, szczególnie w obliczu konfliktu zbrojnego w Ukrainie. Odwołujący wobec powyższego podjął założenie, że skoro Arbud nie był w stanie należycie wykonać zamówienia o mniejszej wartości, Zamawiający nie może mieć żadnej pewności, że będzie w stanie wykonać zamówienie bardziej skomplikowane na budowę budynku szkoły w Parzniewie.

Mając na uwadze treść zarzutu, Izba uznała, że Odwołujący nie zdołał wykazać, aby ww. stan faktyczny wypełniał przesłanki wymienione w treści art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

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

Według art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Należy podkreślić, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp nie obejmuje swoim zakresem każdej nieprawidłowości przy wykonywaniu umowy. W przypadku zaistniałego stanu faktycznego dotyczącego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednym z koniecznych elementów wykluczenia na tej podstawie jest nienależycie wykonanie istotnego zobowiązania w stopniu znacznym. Ocena tego stopnia powinna następować zarówno pod kątem jakościowym, jak i ilościowym. W motywie 101 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej) jako przykładowe poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześniejszego zamówienia podano niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego, zaistniałej okoliczności faktycznej prowadzącej do naliczenia kary umownej przez 42 Bazę Lotnictwa Szkolnego w Radomiu nie sposób utożsamiać z nienależycym wykonaniem umowy w stopniu znacznym. Jak słusznie podnosił Przystępujący w swoim stanowisku, o miejscowych zarzyskach, wybrzuszeniach oraz odspojeniach remontowanej części posadzki hali hangarowej nie można mówić w kategoriach znaczących nieprawidłowości. Znamiennym dla oceny przedmiotowej sprawy jest fakt, że uchybienia zostały przez Arbud usunięte w ciągu 2 dni od stwierdzenia ich wystąpienia, co sugeruje, iż stopień skomplikowania oraz zakres prac był nieznaczny. Ostatecznie (tj. po dokonaniu poprawek posadzki w terminie 2 dni), jakość wykonanych robót oceniono jako dobrą. Charakter tych nieprawidłowości nakazuje traktować je jako drobne i incydentalne w kontekście całego zamówienia. Choć na powyższą ocenę nie można patrzeć w pełnym oderwaniu od wysokości naliczonych kwot i stosunku do wynagrodzenia całkowitego, tak analiza przez pryzmat liczbowy prowadzi również do tożsamyh wniosków. Naliczenie kary w wysokości 7 273,84 zł, co stanowiło 3,6% wynagrodzenia Arbud, należy uznać za uchybienie, które nie miało charakteru istotnego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Ponadto, faktem jest, iż kara umowna została naliczona za 18 dni zwłoki, niemniej jednak, zdaniem Izby, przy ocenie stopnia nienależyciego wykonania umowy, nie można pominąć też tego, że już w dniu 26 lipca 2023 r. (a więc przed pierwotnym terminem realizacji ustalonym na dzień 31 lipca 2023 r.) Arbud zgłaszał zakończenie i gotowość do odbioru prac, natomiast dopiero w dniu 16 sierpnia 2023 r. dokonano weryfikacji robót. Mając na uwadze czas, jaki potrzebował Arbud na dokonanie poprawek w stopniu satysfakcjonującym dla 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego, wyobraźalnym jest scenariusz, że gdyby wizja lokalna odbyła niezwłocznie po zgłoszeniu zakończenia prac przez Arbud, to stwierdzone nieprawidłowości mogłyby nie doprowadzić do naliczenia kary umownej w ogóle.

Również twierdzenie Odwołującego, jakoby o istotności zobowiązania świadczyło też to, że funkcjonowanie obiektów wojskowych ma związek z bezpieczeństwem kraju, szczególnie w obliczu konfliktu zbrojnego w Ukrainie, jakkolwiek słuszne, Izba uznała za niemające zastosowania dla stanu faktycznego przedmiotowego postępowania. Odwołujący nie poparł powyższego stanowiska dowodami na okoliczność tego, w jakim stopniu zwłoka Arbud wpłynęła negatywnie na organizację funkcjonowania 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego.

Za zbyt daleko idące należało uznać także założenie Odwołującego co do tego, że skoro Arbud nie był w stanie należycie wykonać zamówienia o mniejszej wartości, to Zamawiający nie może mieć żadnej pewności, że będzie w stanie wykonać zamówienie bardziej skomplikowane. Podobnie należało potraktować symulacje dotyczące przedmiotowego zamówienia w zakresie ewentualnych uchybień przez Arbud terminów i naliczonych w związku z tym kar umownych w przyszłości, gdyby zachować odpowiednie proporcje co w zrealizowanym zamówieniu na rzecz 42 Bazy Lotnictwa Szkolnego.

Wprowadzając do specyfikacji fakultatywnie podstawy wykluczenia, zamawiający powinien mieć na uwadze zasadę proporcjonalności. Przesłanki wykluczenia jako prowadzące do najdotkliwszej sankcji dla wykonawcy, nie powinny być interpretowane rozszerzająco, co w tej konkretnej sytuacji oznacza, że jednorazowa, drobna nieprawidłowość przy realizacji wcześniejszego zamówienia nie może prowadzić do wykluczenia z postępowania.

W kontekście braku zmaterializowania się jednego z koniecznych elementów, które muszą zaistnieć łącznie, aby Zamawiający mógł wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Arbud na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, dalsze rozważania co do spełnienia pozostałych przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, stało się wobec powyższego bezprzedmiotowe.

Tym samym, w ocenie składu orzekającego argumentacja odwołującego nie mogła zasługiwać na uwzględnienie co do zarzutu nr 1, tj. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Arbud i wykluczenia Arbud z postępowania, w sytuacji gdy wykonawca ten z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania w postaci kary umownej.

### Zarzut nr 2

Mając na uwadze między innymi zasadę przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów. Jednakże informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Uwzględniając zatem brzmienie ww. fakultatywnej przesłanki wykluczenia, wykonawca nie jest zobligowany do wskazywania umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp okoliczności.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Poza tym w myśl art. 14 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie określił przesłanek związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp. Natomiast, co trafnie podniósł również Odwołujący, nieprzewidzenie ww. przesłanek wprowadzenia zamawiającego w błąd nie oznacza automatycznie, że wykonawcy przestają być zobligowani do przekazywania w postępowaniu rzetelnych i prawdziwych informacji. Zatem wykonawca dopuszczający się czynu nieuczciwej konkurencji może zostać wykluczony z postępowania pomimo, że zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia.

Niemniej jednak należy zauważyć, że zarzut nr 2 jest konsekwencją zarzutu nr 1, tj. Odwołujący domaga się wykluczenia Przystępującego z uwagi na to, że w odpowiedzi na pytanie zawarte w części III lit. C formularza JEDZ udzielił odpowiedzi „NIE”, czym w ocenie Odwołującego wprowadził Zamawiającego w błąd stanowiący zarazem czyn nieuczciwej konkurencji. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zdaniem składu orzekającego, nie sposób stwierdzić, że ziszcila się przesłanka wykluczenia Przystępującego z uwagi na okoliczność, iż na przywołane w treści zarzutu pytanie JEDZ, udzielił on odpowiedzi negatywnej. Wobec stwierdzenia, że zarzut 1 nie został wykazany, w konsekwencji również zarzut 2 podlegał oddaleniu.

### Zarzut nr 3

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 3, tj. naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Arbud oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych wykonawców, to należy wskazać, iż jest to zarzut akcesoryjnym, powiązany z wcześniej przytoczonymi zarzutami nr 1 i 2, a wobec oddalenia tychże zarzutów, należy przyjąć, że również zarzut nr 3 nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Biorąc powyższe pod uwagę, kosztami postępowania Izba obciążyła Odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 złotych.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....

Członkowie: .....

.....