

Sygn. akt KIO 3538/23

WYROK
z dnia 12 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez wykonawcę wykonawca **Jimmy J. C. J. Z. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, ul. Chmielna 100, 00-801 Warszawa** przy udziale wykonawcy **FBSerwis S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3538/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Jimmy J. C. J. Z. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Jimmy J. C. J. Z. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Jimmy J. C. J. Z. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, ul. Kłobucka 13, 02-699 Warszawa** na rzecz wykonawcy **FBSerwis S.A z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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:

.....

.....

Sygn. akt KIO 3538/23

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Konserwację infrastruktury oświetlenia ulicznego na terenie m. st. Warszawy”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 lipca 2023 r. pod pozycją nr 2023/S 139-442542

W dniu 27 listopada 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Jimmy J. C. J. Z. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „wykonawcą FBSerwis”, pomimo, iż oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 110 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w związku z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FBSerwis w sytuacji, gdy wykonawca

podlega wykluczeniu z postępowania bowiem nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania, a wykonawca FBSerwis nie naprawił ani nie zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem, zaś Zamawiający nie ocenił prawidłowo czy podjęte przez wykonawcę FBSerwis czynności w zakresie dotyczącym tzw. samooczyszczenia, są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy, przy uwzględnieniu wagi i okoliczności czynów wykonawcy FBSerwis;

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FBSerwis w sytuacji, gdy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania bowiem w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd, co do dokumentu JEDZ w zakresie dotyczącym aktualności tzw. samooczyszczenia, w sytuacji, gdy informacje dotyczące samooczyszczenia nie były aktualne zarówno na dzień składania ofert, jak i dzień złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia;

3.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy FBSerwis, w sytuacji gdy oferta wykonawcy winna podlegać odrzuceniu;

4.art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania w całości;

2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

3.nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy FBSerwis;

4.ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że wykonawca FBSerwis złożył wraz z ofertą JEDZ, w którym w części III: podstawy wykluczenia, lit.C podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, w odpowiedzi na pytanie „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego (...) została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą umową”, wskazał: TAK, jednocześnie oświadczając, iż „szczegółowe informacje znajdują się w załączniku do Oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych tj. w folderze o nazwie „2.1 self-cleaning”, który jest w posiadaniu Zamawiającego. Dokumenty zostały złożone w dniu 5.07.2023 r. wraz z ofertą Wykonawcy FBSerwis S.A. w postępowaniu nr ZDM/UM/DZP/42/TP/32/23 pn. „przebudowa drogi w zakresie oświetlenia przejść dla pieszych. Wykonanie robót budowlanych na terenie następujących dzielnic (...)” Jednocześnie potwierdzam prawidłowość i aktualność tych dokumentów na dzień składania ofert w postępowaniu nr ZDM / UMDZP /48/PN/12/23”.

W odpowiedzi na pytanie „czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie”), wykonawca FBSerwis udzielił odpowiedzi twierdzącej, ponownie odwołując się do złożonego w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego folderu o nazwie „2.1 self-cleaning” (strona nr 15 i 16 JEDZ).

W dniu 6 listopada 2023 r. wykonawca FBSerwis złożył oświadczenie o aktualności złożonych wraz z ofertą dokumentów, w tym JEDZ i brakiem podstaw do wykluczenia z postępowania.

Odnosząc się do zarzutu 1 Odwołujący podniósł m.in., że z treści „oświadczenia wykonawcy o naruszeniach oraz o podjęciu działań w celu zapobiegnięcia naruszeń w przyszłości” (folder o nazwie „2.1 self-cleaning”) wynika, że wykonawca FBSerwis nienależycie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym umowy:

1)z dnia 23 umowy z dnia 23 listopada 2020 r. nr 25/RI pod nazwą: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Starachowice”, co doprowadziło do naliczenia przez Zamawiającego Gminę Starachowice kary umownej,

2)z dnia 4 lutego 2020 r. nr WGK.272.01.2.2020 w sprawie zamówienia publicznego na „Montaż/instalację efektywnego energetycznie oświetlenia w Gminie Sosnowiec II”, co doprowadziło do naliczenia przez Zamawiającego Gminę Sosnowiec kar umownych.

Wykonawca FBSerwis w obu przypadkach wskazał przyczyny nienależytego wykonania umowy oraz odniósł się do kwestii dotyczącej współpracy z Zamawiającym i naprawienia szkody (zobowiązanie się do naprawienia szkody).

W pkt B „naprawienie szkody poniesionej przez Gminę Starachowice” str. 49-52 oświadczenia, wykonawca podkreślał, iż wysokość kary umownej naliczonej przez Gminę Starachowice, pozostaje w pełnym oderwaniu od poniesionej przez tę Gminę szkody. Wykonawca FBSerwis samodzielnie ustalił wysokość szkody – „Za punkt odniesienia, wyznaczający maksymalną wartość zryczałtowanego odszkodowania ustalonego przez Zamawiającego na wypadek całkowitego niewykonania umowy wykonawca przyjął wysokość zastrzeżonej w umowie kary z tytułu odstąpienia od umowy z winy wykonawcy (tj. 10% wynagrodzenia należnego Wykonawcy). W konsekwencji taką kwotę (sześćset osiemdziesiąt jeden tysięcy złotych sześćset trzydzieści cztery złote i siedemdziesiąt sześć groszy)

Wykonawca zapłacił Zamawiającemu tytułem naprawienia szkody – uznając jednocześnie, że kwota ta jest znacznie wyższa od szkody realnie poniesionej przez Gminę Starachowice (...). W ślad za ww. przelewem Wykonawca przekazał Gminie Starachowice swoje pisemne stanowisko w tej sprawie zastrzegając, iż jest gotów zapłacić wyższe odszkodowanie w przypadku, gdyby Gmina Starachowice wykazała wyższą wysokość poniesionej szkody (...). Gmina Starachowice nie przekazała dotąd stanowiska odnośnie do wysokości poniesionej szkody. W dniu 22 lutego 2023 wezwała ona jedynie Wykonawcę do zapłaty pozostałej kwoty naliczonej kary. Na to pismo Wykonawca odpowiedział, podtrzymując swoje stanowisko o naprawieniu szkody i o rażącym wygórowaniu naliczonej kary, a nadto ponownie zadeklarował gotowość do naprawienia, w razie wykazania przez Zamawiającego, ewentualnej szkody przekraczającej zapłaconą kwotę. Pomimo wyrażonej przez Wykonawcę deklaracji naprawienia szkody przenoszącej zapłacone kwoty (w razie wykazania takiej szkody), ww. zamawiający nie podjął próby chociażby ogólnego oszacowania szkody – pozostawiając ww. deklarację Wykonawcy bez odpowiedzi. W tych okolicznościach nie sposób interpretować stanowiska ww. podmiotu zamawiającego inaczej, aniżeli jako pośrednie przyznanie, że poniesiona przez niego szkoda nie wykraczała poza kwoty faktycznie przez Wykonawcę zapłacone (o ile w ogóle jakkolwiek szkoda w tym zakresie powstała)”.

Wykonawca FBService podkreślił, iż skoro Zamawiający pozostawił jego pismo bez odpowiedzi i nie oszacował wysokości szkody, to oznacza, iż Zamawiający przyznał, że poniesiona przez niego szkoda nie jest większa niż wysokość kwoty zapłaconej przez wykonawcę FBService na rzecz Gminy Starachowice.

Odwołujący podniósł, że stanowisko wykonawcy FBService w powyższym zakresie jest błędne bowiem żadne przepisy prawa nie wskazują na milczące załatwienie sprawy w związku z dochodzonym roszczeniem pieniężnym. Nie wiadomo zatem na jakiej podstawie faktycznej i prawnej wykonawca FBService doszedł do powyższych wniosków, tym bardziej, iż znane mu było pismo Gminy Starachowice – ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty. Z pisma wprost wynikała kwota do zapłaty, termin realizacji zapłaty oraz konsekwencje w przypadku niedochowania terminu zapłaty kary umownej. Z treści dokumentu „samooczyszczenie” i z jego załączników nie wynika zaś, iż wykonawca FBService wystąpił z powództwem o miarkowanie kary umownej, jeśli ta była w jego ocenie nieprawidłowo naliczona, które z kolei mogłyby uprawdzić twierdzenia co do „oderwania” kary umownej naliczonej przez Gminę Starachowice od poniesionej szkody. Kwestionowanie zasadności naliczenia kary umownej i jednoczesna deklaracja naprawienia szkody w wysokości wskazanej przez Gminę Starachowice, nie jest wystarczające do uznania, iż wykonawca naprawił czy też zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem. Powyższe twierdzenie jest tym bardziej zasadne, iż jak wynika z informacji powszechnie dostępnej, opublikowanej na stronie internetowej sadowy.39011.html Sąd Okręgowy w Kielcach wydał w dniu 3 listopada 2023 roku nakaz zapłaty w sprawie. Zgodnie z nakazem, Sąd nakazał wykonawcy FBService zapłacić Gminie Starachowice kwotę 2 726 539,05 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 22 czerwca 2022 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 143 327 zł tytułem kosztów procesu. Z powyższym informacją wynika, iż Gmina Starachowice podejmowała szereg czynności przedsądowych zmierzających do wyegzekwowania należności tytułem zwrotu kary umownej naliczonej wykonawcy. Czynności te okazały się jedynie częściowo skuteczne. W dniu 22.02.2023 r. Gmina skierowała do wykonawcy zadania ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty. Wobec braku reakcji ze strony wykonawcy FBService Gmina złożyła pozew o zapłatę kar umownych.

Podobnie, w pkt C „zobowiązanie się do naprawienia szkody poniesionej przez Gminę Sosnowiec” str. 52-53 oświadczenia, wykonawca podkreślał, iż wysokość kary umownej naliczonej przez Gminę Sosnowiec, była niezasadna. W ocenie wykonawcy FBService „szkoda poniesiona przez Zamawiającego w związku z opisanymi w oświadczeniu nieprawidłowościami (którą to szkodę należało naprawić) nie była wyższa, aniżeli wysokość zapłaconej kary umownej. Na wypadek jednak, gdyby Zamawiający szkodę przenoszącą ww. karę poniósł, Wykonawca zobowiązał się ją naprawić (vide pismo z dnia 16 sierpnia 2022 r.). Zamawiający zakwestionował stanowisko Wykonawcy dotyczące niezasadności naliczenia kar umownych za opóźnienie w usuwaniu wad i zakończeniu realizacji przedmiotu Umowy, jednak w żaden sposób nie odniósł się do wysokości poniesionej przez siebie szkody (...). Pomimo wyrażonej przez Wykonawcę deklaracji naprawienia szkody przenoszącej zapłacone kwoty (w razie wykazania takiej szkody), ww. zamawiający nie podjął próby chociażby ogólnego oszacowania szkody – pozostawiając ww. deklarację wykonawcy bez odpowiedzi. W tych okolicznościach nie sposób interpretować stanowiska ww. podmiotu zamawiającego inaczej, aniżeli jako pośrednie przyznanie, że poniesiona przez niego szkoda nie wykraczała poza kwoty faktycznie przez wykonawcę zapłacone (o ile w ogóle jakkolwiek szkoda w tym zakresie powstała)”.

Z treści powyższego nie wynika, iż wykonawca FBService skutecznie zrealizował procedurę „samooczyszczenia”. Podobnie jak w przypadku realizacji na rzecz Gminy Starachowice, stanowisko wykonawcy FBService sprowadza się do kwestionowania zasadności wysokości kary umownej, przy jednoczesnej biernej postawie Wykonawcy w zakresie wniesienia powództwa co do np. miarkowania kary umownej czy uznania żądania Zamawiającego za niezasadne. Deklaracje co do naprawienia szkody przenoszącej zapłacone kwoty (w razie wykazania szkody), mają charakter jedynie

iluzoryczny, ukształtowany na potrzeby składania wyjaśnień w ramach „samooczyszczenia”.

Wykonawca FB Serwis w pismach skierowanych do Zamawiających tj. Gminy Starachowice i Gminy Sosnowiec, jak również w oświadczeniu dotyczącym „samooczyszczenia”, wskazywał na żądanie wykazania przez ww. Zamawiających wysokości szkody. Żądanie takie jest nieuprawnione bowiem z wezwań kierowanych przez ww. gminy do wykonawcy FB Serwis, wynika podstawa faktyczna i prawna naliczenia kary umownej. Podstawą do naliczenia kary umownej w każdym przypadku była umowa w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto zgodnie z art. 484 § 1 KC w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Zamawiający zatem nie jest zatem zobowiązany do wykazania szkody, w sytuacji spełnienia się przesłanek uzasadniających naliczenie kary umownej. Jak wskazano w postanowieniu Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 30 stycznia 2023 r., I CSK 3624/22 „strony w ramach swobody umów mogą wprowadzić do umowy różne instrumenty prawne mające na celu zabezpieczenie należytego wykonania zobowiązania. Szkoda spowodowana niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania każdorazowo determinuje interes wierzyciela chroniony przez zapłatę kary umownej. Strony zastrzegając w umowie karę umowną dokonują w istocie kalkulacji przyszłej hipotetycznej szkody. W przypadku zgłoszenia żądania zasądzenia kary umownej z tytułu zwłoki w usunięciu wad, która została już zaspokojona w drodze skorzystania z innego zabezpieczenia, funkcje obu zabezpieczeń w razie ich zrealizowania pokrywają się. Skoro kara umowna jest sposobem na kompensatę szkody, to sprzeczne z zasadami słuszności kontraktowej jest jej traktowanie przez wierzyciela jako instrumentu niezasadnego wzbogacenia się kosztem dłużnika. Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia jednak dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie doznał szkody”.

Wykonawca FB Serwis składając oświadczenia i dokumenty w ramach procedury „samooczyszczenia”, winien wykazać, iż wszystkie przesłanki z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp zostały spełnione. Przesłanki te określone są bowiem w katalogu zamkniętym i badane są łącznie. Zatem w celu wykazania, że wykonawca pomimo zaistnienia przesłanki wykluczenia nie będzie podlegał wykluczeniu, konieczne jest jednoczesne wykazanie wszystkich okoliczności z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Tymczasem FB Serwis nie wykazał, iż naprawił szkodę bądź też zobowiązał się do jej naprawienia na rzecz Gminy Starachowice i Gminy Sosnowiec. Wysokość zapłaconego przez niego zadośćuczynienia nie pokrywa bowiem pełnych kwot wynikających z pism Zamawiających (ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty skierowane przez Gminę Starachowice czy nota nr: inny/06/WGK /1 skierowana przez Gminę Sosnowiec).

Reasumując Odwołujący podniósł, iż Zamawiający przy ocenie procedury „samooczyszczenia” nie wziął pod uwagę wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, które pozwalałyby na przyjęcie rzekomych deklaracji wykonawcy FB Serwis naprawienia szkody, za prawidłowe i skuteczne. Wykonawca może być wykluczony z postępowania na każdym etapie postępowania, wobec czego – zdaniem Odwołującego - konieczna jest ponowna weryfikacja złożonych przez wykonawcę FB Serwis oświadczeń dotyczących samooczyszczenia i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Odnosnie zarzutu 2 Odwołujący podniósł, że wykonawca FbSerwis składając wraz z ofertą JEDZ, a następnie oświadczenie o jego aktualności, wprowadził Zamawiającego w błąd co do braku podstaw do wykluczenia. Wykonawca mając świadomość, iż zapłacił jedynie w części karę umowną na rzecz Gminy Starachowice i Gminy Sosnowiec, oświadczył, iż naprawił bądź też zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem wynikającym z nienależytego wykonania umów w sprawie zamówienia publicznego.

Co więcej, wykonawca FB Serwis mógł powziąć informację o wydanym w dniu 3 listopada 2023 r. nakazie zapłaty na rzecz Gminy Starachowice kwoty 2 726 539,05 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 22 czerwca 2022 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 143 327 zł tytułem kosztów procesu. Mimo to, wykonawca FB Serwis w dniu 6 listopada 2023 r. złożył oświadczenie potwierdzające aktualność informacji zawartych w JEDZ, w tym odnoszących się do procedury „samooczyszczenia”, wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd do braku podstaw wykluczenia z postępowania. Odwołujący powołał wyrok Izby z dnia 20 lutego 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 261/23.

Wskazał także na treść art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, który przewiduje wykluczenie wykonawcy w sytuacji wprowadzenia w błąd zamawiającego w wyniku zachowań nieumyślnych, tj. lekkomyślności lub niedbalstwa. Lekkomyślność to sytuacja, gdy dłużnik zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, że uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania (...). Konstrukcja omawianego przepisu pozwala na przyjęcie, że zachowanie wykonawcy przy podaniu informacji zamawiającemu podlega ocenie na kanwie art. 355 § 1 k.c. (tak np. KIO w wyroku Izby z 20 marca 2017 r. sygn. akt KIO 382/17., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego

charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Stwierdzenie niedbalstwa danej osoby jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Reasumując Odwołujący podniósł, że wykonawca FBService poprzez złożenie JEDZ w uprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, a następnie poświadczenie jego aktualności w dniu 6 listopada 2023 r., wprowadził Zamawiającego w błąd, iż nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia z postępowania. Wykonawca przedstawił informacje, które są obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, które mają znaczenie dla danego postępowania. Nie można bowiem uznać, iż przesłanka z art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp została spełniona. Wykonawca nie wykazał, iż naprawił szkodę lub zobowiązał się do jej naprawienia. Szkada powstała w wyniku nieprawidłowego postępowania wykonawcy FBService, tj. poprzez nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z umów zawartych z Gminą Starachowice i Gminą Sosnowiec. W obu umowach zostały naliczone kary umowne. Kary nie zostały zapłacone przez wykonawcę FBService w pełnej wysokości, zaś wykonawca uzależnił ich zapłatę albo zapłatę innej kwoty, po uprzednim wykazaniu przez Zamawiającego szkody i jej rozmiaru. Działanie takie nie potwierdza naprawienia szkody ani zobowiązania się do jej naprawienia. Dodatkowo wydanie nakazu zapłaty przed dniem złożenia oświadczenia o aktualności JEDZ, a następnie złożenie oświadczenia, które nie odnosi się do wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych na dzień jego złożenia, przesądza o wprowadzaniu Zamawiającego w błąd. Na skutek wprowadzenia w błąd oferta Wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą.

Odnośnie zarzutu 3 i 4 Odwołujący podniósł, że powyższe uchybienia stanowią także naruszenie art. 16 ustawy Pzp bowiem Zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ponadto dokonał wyboru oferty, która powinna być odrzucona, w tym z przyczyn wskazanych w treści odwołania.

Zamawiający w dniu 28 listopada 2023 r. przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia kopię odwołania wraz z wezwaniem wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego za pośrednictwem platformy prowadzonego postępowania <https://zdm-waw.ezamawiajacy.pl>

W dniu 1 grudnia 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca FBService S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „wykonawcą FBService”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 4 grudnia 2023 r. (pismem z dnia 1 grudnia 2023 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że po zapoznaniu się z treścią odwołania wniesionego przez wykonawcę Jimmy J. C. J. Z. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie Zamawiający uwzględni odwołanie w całości.

W dniu 7 grudnia 2023 r. (pismem z dnia 6 grudnia 2023 r.) wykonawca FBService zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Odwołującego i Przystępującego (wykonawcy FBService) złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie zostały wypełnione żadne z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy FBService do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3538/23 po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o

udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Odwołującego i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowany i złożony przez Odwołującego dowód, tj.: wydruk ze strony internetowej (artykuł z dnia 20 listopada 2023 r. „Kara finansowa dla firmy, która wymieniała oświetlenie miejskie. Jest nieprawomocny nakaz sadowy”).

Izba dopuściła złożone przez Przystępującego w załączeniu do pisma z dnia 7 grudnia 2023 r. dowody, tj.:

- 1.potwierdzenie doręczenia nakazu zapłaty oraz nakaz zapłaty,
- 2.potwierdzenia nadania sprzeciwu od nakazu zapłaty,
- 3.sprzeciw od nakazu zapłaty.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 110 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w związku z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FBService w sytuacji, gdy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania bowiem nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania, a wykonawca FBService nie naprawił ani nie zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem, zaś Zamawiający nie ocenił prawidłowo czy podjęte przez wykonawcę FBService czynności w zakresie dotyczącym tzw. samooczyszczenia, są wystarczające do wykazania rzetelności wykonawcy, przy uwzględnieniu wagi i okoliczności czynów wykonawcy FBService (zarzut nr 1 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wykonawca FBService złożył wraz z ofertą JEDZ, w którym w części III: podstawy wykluczenia, lit. C Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, w odpowiedzi na pytanie „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego (...) została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą umową”, wskazał: TAK, jednocześnie oświadczając, iż „szczegółowe informacje znajdują się w załączniku do Oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, tj. w folderze o nazwie „2.1 self-cleaning”, który jest w posiadaniu Zamawiającego. Dokumenty zostały złożone w dniu 5.07.2023 r. wraz z ofertą Wykonawcy FBService S.A. w postępowaniu nr ZDM/UM/DZP/42/TP/32/23 pn. „przebudowa drogi w zakresie oświetlenia przejść dla pieszych. Wykonanie robót budowlanych na terenie następujących dzielnic (...)”. Jednocześnie potwierdzam prawidłowość i aktualność tych dokumentów na dzień składania ofert w postępowaniu nr ZDM/UM/DZP/48/PN/12/23”.

W dniu 3 listopada 2023 r. Sąd Okręgowy w Kielcach wydał nakaz zapłaty w sprawie dotyczącej pozwu Gminy Starachowice.

W dniu 6 listopada 2023 r. wykonawca FBService złożył oświadczenie o aktualności złożonych wraz z ofertą dokumentów, w tym JEDZ i brakiem podstaw do wykluczenia z postępowania.

W dniu 27 listopada 2023 r. wykonawca FBService zaskarżył nakaz zapłaty wydany przez Sąd Okręgowy w Kielcach.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W myśl art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wykluczeniu podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji lub wykonał tę umowę nienależycie w istotnym stopniu lub zakresie, lub też długotrwale nienależycie ją wykonywał, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnienia z tytułu rękojmi za wady.

Przepis ten opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który to przepis upoważnia Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Ustawodawca unijny w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej zamieścił także wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia, wskazując, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość

wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy”.

Dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp konieczne jest zatem stwierdzenie kumulatywnego zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie. Wykluczeniu z postępowania podlega więc wykonawca, który:

- 1) w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie umowne, albo
 - długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie umowne,
 - zobowiązania wykonawcy wynikały z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 2) niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po jego stronie wykonawcy,
- 3) skutkiem nienależytego wykonania lub nienależytego wykonywania obowiązków umownych było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Z kolei art. 110 ust. 1 – 3 ustawy Pzp stanowi, że:

„1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

2. 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 (...)

3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.”.

Powołane przepisy (art. 110 ust. 1 – 3 ustawy Pzp) umożliwiają wykonawcom wykazanie, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia podjęte zostały środki niezbędne do wykazania jego rzetelności, a tym samym wskazują na brak podstaw do wykluczenia wykonawcy. Tak więc wykonawca, który podlega wykluczeniu może przedstawić dowody wskazujące na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Natomiast Zamawiający zobowiązany jest zbadać czy przedstawione przez wykonawcę dowody są wystarczające dla stwierdzenia rzetelności tego wykonawcy.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy podnieść należy, że to Odwołujący, podnosząc zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez Zamawiającego, powinien był wykazać, że w tym stanie faktycznym wszystkie przesłanki wymagane dla jego zastosowania zostały spełnione. Tymczasem, jak słusznie podniósł Przystępujący, próżno szukać w treści wniesionego odwołania jakiegokolwiek odniesienia się do tych okoliczności. Argumentacja Odwołującego skupia się jedynie na cytowaniu stanowiska Przystępującego - Oświadczenia wykonawcy o naruszeniach oraz o podjęciu działań w celu zapobiegnięcia naruszeń w przyszłości i załączonych do niego dokumentów i lakonicznym podniesieniu, że „FBSerwis w obu przypadkach wskazał przyczyny nienależytego wykonania umowy” i powiązaniu z tym skutku w postaci wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Wykonawca FBSerwis – jak wynika z cytowanego oświadczenia - nie przeczy, że doszło do naruszeń dotyczących nienależytego wykonania umów w sprawie zamówienia publicznego, co więcej wskazuje jakich umów naruszenia dotyczyły, opisując je szczegółowo (str. 2-18 złożonego oświadczenia) i wyjaśniając okoliczności tych naruszeń (str. 18-48 złożonego oświadczenia). Wykonawca opisał także jak wyglądała jego współpraca z zamawiającymi, na rzecz których realizował te zamówienia, wskazując zarówno na sposób naprawienia szkody, jak i podając zobowiązania do naprawienia szkody poniesionej przez wskazane w oświadczeniu gminy (str. 49-55 złożonego oświadczenia) i, specyfikując konkretne działania jakie zostały przez niego podjęte w celu zapobiegnięcia powstaniu analogicznych naruszeń w przyszłości (str. 55-71 złożonego oświadczenia). Tak więc to wykonawca FBSerwis w złożonym oświadczeniu wskazał umowy w trakcie realizacji, których doszło do naruszeń, a więc umowy wykonywane na rzecz Gminy Starachowice i Gminy Sosnowiec i działania jakie podjął w ramach samooczyszczenia. Te z kolei miały – w ocenie Odwołującego - pokazywać nienależyte wykonanie umowy i przesądzać o konieczności wykluczenia tego wykonawcy. Jednak poza odwołaniem się do oświadczenia wykonawcy FBSerwis Odwołujący w żaden sposób do kwestii tych się nie odniósł. Nie odniósł się także do wszystkich przesłanek art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Okoliczność tę (nienależyte wykonanie umowy) powiązał jedynie z faktem wydania w dniu 3 listopada 2023 r. przez Sąd Okręgowy w Kielcach nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym w sprawie o sygn. akt VII GNc 357/23 oraz sporem wykonawcy z dwoma zamawiającymi co do wysokości sumy pieniężnej jaka winna być zapłacona przez wykonawcę tytułem odszkodowania za szkodę jaką ponieśli zamawiający, na rzecz których zamówienia

te były realizowane.

Wykonawca FBService – jak wynika z treści korespondencji załączonej do Oświadczenia wykonawcy o naruszeniach oraz o podjęciu działań w celu zapobiegnięcia naruszeń w przyszłości - toczy spór z Gminą Starachowice co do zasadności naliczenia przez gminę kar umownych w wysokości przekraczającej wysokość zapłaconego na jej rzecz odszkodowania. Obecnie jest z gminą w sporze sądowym, gdyż wniósł sprzeciw od nakazu zapłaty, czyniąc nakaz niebyłym. Tak więc rozstrzygnięcie tej sprawy przez sąd będzie odnosiło się dopiero do kwestii zapłaty kary umownej i jej wysokości, oraz zasadności roszczeń Gminy Starachowice. Dlatego też do czasu prawomocnego zakończenia sporu w tej konkretnej sprawie nie można jednoznacznie stwierdzić, że kwota zapłacona przez wykonawcę FBService rzeczywiście czyni bądź nie zadość roszczeniu Gminy Starachowice. Nie można też uznać, że zapłacona przez wykonawcę kwota nie pozwala na stwierdzenie, że wykonawca ten nie naprawił lub nie zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem (naruszeniem dotyczącym nienależytego wykonania umów w sprawie zamówienia publicznego), w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne. Uznać natomiast należy, że wykonawca ten podjął działania, które miały wykazać jego rzetelność. Wykonawca, wobec którego zachodzą odpowiednie podstawy wykluczenia, nie podlega bowiem takiemu wykluczeniu, jeżeli udowodni zamawiającemu, że podjął określone działania mające na celu ich naprawienie. I podjęcie takich działań wykonawca FBService wykazał.

Jak niewątpliwie wykazał Przystępujący, w złożonym wcześniej oświadczeniu, jak również złożonym w dniu rozprawy piśmie procesowym i sprzeciwie do nakazu zapłaty określona kwota została już zapłacona przez wykonawcę tytułem odszkodowania za szkodę jaką poniósł zamawiający, na rzecz którego zamówienie było realizowane. Co więcej w odniesieniu do realizacji wykonywanej na rzecz Gminy Sosnowiec była to kwota jaką wykonawca poniósłby dopiero w przypadku odstąpienia od umowy na skutek jej niezrealizowania przez wykonawcę, gdyż zapłacona przez wykonawcę kwota pokrywała maksymalną szkodę Zamawiającego (w wysokości wynikającej z treści zawartej umowy). Określoną kwotę, która w jego ocenie pokrywała powstałą szkodę, wykonawca FBService zapłacił również na rzecz Gminy Starachowice. Skoro bowiem na skutek naruszeń tego wykonawcy doszło do powstania szkody to powinna być ona naprawiona i naprawiona została. Wykonawca FBService nie tylko, że – jak wyjaśnił - naprawił szkodę poprzez zadośćuczynienie pieniężne, ale i zobowiązał się do naprawienia szkody, o ile zamawiający wykaże, że kwota ta jest wyższa niż ta, która już została zapłacona. Wykonawca wyjaśnił więc wszelkie sporne okoliczności celem wykazania swej rzetelności. W oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu podał bowiem, że zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia oraz opisał podjęte przez niego środki naprawcze i zapobiegawcze.

Wykonawca ten skorzystał z procedury samooczyszczenia. Złożył bowiem oświadczenie wraz dowodami, podnosząc iż przedsięwziął niezbędne środki zmierzające do usunięcia skutków zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia oraz wdrożył środki zapobiegające wystąpieniu takich zdarzeń w przyszłości. Art. 110 ust. 2 ustawy Pzp stanowi bowiem, że zamawiający ma obowiązek odstąpić od wykluczenia wykonawcy pomimo zaistnienia podstaw wykluczenia określonych m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca udowodni zamawiającemu, że podjął działania we wszystkich trzech wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 1–3 Pzp obszarach. I takie działania wykonawca podjął. Natomiast Odwołujący podniósł jedynie niespełnienie pierwszej z trzech przesłanek wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z treścią której wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne. Okoliczność tę wywiódł z artykułu prasowego zawierającego informację o wydanym w dniu 3 listopada 2023 r. przez Sąd Okręgowy w Kielcach nakazie zapłaty. Nakaz zapłaty wydany w postępowaniu upominawczym nie przesądza o tym, że wykonawca ten skutecznie nie przeprowadził procedury „samooczyszczenia”, zwłaszcza że na skutek wniesionego sprzeciwu i zgodnie z art. 505 § 2 k.p.c. utracił moc.

Chybione są także argumenty podnoszone przez Odwołującego a dotyczące okoliczności, które będą przedmiotem badania przez sąd w trakcie zainicjowanego przez jednego z zamawiających sporu sądowego. Na tym etapie postępowania sądowego rozpatrywane będą dopiero, w braku zgody stron umowy, kwestie dotyczące chociażby miarkowania kar umownych.

Reasumując Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy FBService w sytuacji, gdy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania bowiem w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd, co do dokumentu JEDZ w zakresie dotyczącym aktualności tzw. samooczyszczenia, w sytuacji, gdy informacje dotyczące samooczyszczenia nie były aktualne zarówno na dzień składania ofert, jak i dzień złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia (zarzut nr 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wykonawca FBService złożył wraz z ofertą JEDZ, w którym w części III: podstawy wykluczenia, lit. C Podstaw

związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, w odpowiedzi na pytanie „czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego (...) została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą umową”, wskazał: TAK, jednocześnie oświadczając, iż „szczegółowe informacje znajdują się w załączniku do Oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, tj. w folderze o nazwie „2.1 self-cleaning”, który jest w posiadaniu Zamawiającego. Dokumenty zostały złożone w dniu 5.07.2023 r. wraz z ofertą Wykonawcy FB Serwis S.A. w postępowaniu nr ZDM/UM/DZP/42/TP/32/23 pn. „przebudowa drogi w zakresie oświetlenia przejść dla pieszych. Wykonanie robót budowlanych na terenie następujących dzielnic (...)”. Jednocześnie potwierdzam prawidłowość i aktualność tych dokumentów na dzień składania ofert w postępowaniu nr ZDM / UMDZP /48/PN/12/23”.

W dniu 3 listopada 2023 r. Sąd Okręgowy w Kielcach wydał nakaz zapłaty w sprawie dotyczącej pozwu Gminy Starachowice.

W dniu 6 listopada 2023 r. wykonawca FB Serwis złożył oświadczenie o aktualności złożonych wraz z ofertą dokumentów, w tym JEDZ i brakiem podstaw do wykluczenia z postępowania.

W dniu 27 listopada 2023 r. wykonawca FB Serwis zaskarżył nakaz zapłaty wydany przez Sąd Okręgowy w Kielcach.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi, że „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania określona w tym przepisie dotyczy sytuacji, w których wykonawca w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021).

Dla uznania, że wykonawca złożył informacje wprowadzające w błąd, wystarczy zwykła lekkomyślność lub niedbalstwo. Lekkomyślność polega na tym, że wykonawca przedstawia informacje, przewidując możliwość wprowadzenia zamawiającego w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że skutku tego uniknie, świadomie łamiąc zasady ostrożności. Natomiast niedbalstwo zachodzi, jeżeli wykonawca nie ma w ogóle wyobrażenia co do możliwości wprowadzenia zamawiającego w błąd, choć przy dołożeniu należytej staranności powinien był skutek ten sobie wyobrazić. Błąd ma bowiem nastąpić przy przedstawianiu informacji. Wykonawca musi zatem przekazać zamawiającemu informacje lub co najmniej próbować przekazać takie informacje. Nieprawdziwe informacje mogą dotyczyć w zasadzie wszystkich informacji składanych w postępowaniu, jak również wszelkich decyzji zamawiającego a nie tylko wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że w JEDZ w zakresie dotyczącym aktualności tzw. samooczyszczenia nie została przez Przystępującego przedstawiona informacja niezgodna z rzeczywistością, a tym samym wprowadzająca Zamawiającego w błąd. Przystępujący zarówno w JEDZ, jak i w złożonym w dniu 6 listopada 2023 r. oświadczeniu potwierdzającym aktualność informacji zawartych w JEDZ a odnoszącym się do samooczyszczenia przekazał informacje dotyczące naruszeń jakie miały miejsce przy realizacji kontraktów, w tym realizowanych na rzecz Gminy Starachowice i Gminy Sosnowiec a więc tych realizacji, które mogłyby stanowić podstawę wykluczenia tego wykonawcy z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Niemniej jednak - jak słusznie wskazał Przystępujący – Odwołujący nie podważył żadnej z okoliczności stanowiących wyjaśnienie przyczyn zaistniałych nieprawidłowości, działań podjętych w celu ich uniknięcia w przyszłości ani tego, że Przystępujący zapłacił na rzecz wskazanych zamawiających określone kwoty. Co więcej spór ten – jak dalej podkreślił i jak niewątpliwie wynika z ich treści - sprowadza się do odmiennej oceny prawnej zaistniałych sytuacji i konsekwencji związanych z nimi. Tymczasem odmienna ocena prawna nie może być rozpatrywana w kategoriach podania prawdziwych lub nieprawdziwych informacji, gdyż faktycznie nie jest ona weryfikowalna.

O nieprawdziwości informacji podanych przez Przystępującego miałoby świadczyć to, że kary umowne jakie naliczyły obydwie gminy nie zostały zapłacone w pełnej wysokości (wysokości określonej przez te gminy), lecz w wysokości ustalonej przez wykonawcę FB Serwis. Wykonawca FB Serwis faktycznie zapłacił – jak wskazał w złożonych wyjaśnieniach – „kwotę tytułem naprawienia szkody” w wysokości podanej w złożonych oświadczeniach. Zapłatę odszkodowania potwierdzają dokumenty złożone przez tego wykonawcę wraz z oświadczeniem złożonym w dniu 6

listopada 2023 r. Informacje te są więc prawdziwe. Wskazują bowiem na czynności, jakie podjął w kwestionowanym zakresie wykonawca FBSerwis. W tej sytuacji nie może być mowy o przedstawieniu informacji obiektywnie nieprawdziwych.

Wykonawca ten faktycznie pozostaje w sporze z Gminą Starachowice, skutkiem czego jest wydany w dniu 3 listopada 2023 r. przez Sąd Okręgowy w Kielcach nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym (sygn. akt VII GNC 357/23), od którego Przystępujący w dniu 27 listopada 2023 r. wniósł sprzeciw. Tak więc w odniesieniu i do tej okoliczności nie ma miejsca przedstawienie nieprawdziwych informacji. Przystępujący, składając w dniu 6 listopada 2023 r. oświadczenie o aktualności JEDZ, nie miał bowiem wiedzy o wydanym w dniu 3 listopada 2023 r. przez Sąd Okręgowy w Kielcach nakazie zapłaty. Nakaz zapłaty, co jest bezsporne, został wydany w postępowaniu upominawczym i doręczony Przystępującemu – zgodnie z art. 480² § 3 k.p.c. – w sposób w nim wskazany. Nakaz zapłaty został doręczony Przystępującemu – jak wykazał, składając nakaz zapłaty i potwierdzenie jego doręczenia – dopiero w dniu 13 listopada 2023 r. Co więcej, na skutek wniesionego sprzeciwu, ten nakaz zapłaty w zaskarżonej części – zgodnie z art. 505 § 2 k.p.c. - utracił moc.

Nadto podkreślić należy, że w praktyce sądowej nakaz zapłaty ma na celu szybkie dochodzenie roszczeń. Dlatego też co do zasady pozwany o toczącym się postępowaniu dowiaduje się dopiero w chwili jego doręczenia. O fakcie tym nie wiedział więc wykonawca FBSerwis. Wydanie nakazu zapłaty przez sąd nie oznacza bowiem zasadności żądania powoda. Dalszy los sprawy zależy bowiem od pozwanego, który może wnieść od niego sprzeciw. W tym postępowaniu tak też się stało. Wykonawca FBSerwis sprzeciw bowiem wniósł.

Skoro więc wykonawca ten w przedmiotowym postępowaniu nie przedstawił nieprawdziwych informacji, to tym bardziej nie może być mowy o ich wpływie na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Brak jest więc podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzuty naruszenia:

1.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy FBSerwis, w sytuacji gdy oferta wykonawcy winna podlegać odrzuceniu (zarzut 3 odwołania);

2.art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (zarzut 4 odwołania);

nie potwierdziły się. Skoro zarzuty 1 i 2 nie potwierdziły się to nie potwierdziły się także zarzuty 3 i 4 stanowiące naturalną konsekwencję tych zarzutów.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2) w 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).

Przewodniczący:

.....

.....