

Sygn. akt: KIO 3196/23

WYROK
z dnia 15 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: **PBI Infrastruktura S.A., PBI WMB Sp. z o.o., ul. Kolejowa 10E, 23-200 Kraśnik**, postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów**, przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A., ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3196/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: PBI Infrastruktura S.A., PBI WMB Sp. z o.o., ul. Kolejowa 10E, 23-200 Kraśnik, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: PBI Infrastruktura S.A., PBI WMB Sp. z o.o., ul. Kolejowa 10E, 23-200 Kraśnik, tytułem wpisu od odwołania,**
- 2.2. zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: PBI Infrastruktura S.A., PBI WMB Sp. z o.o., ul. Kolejowa 10E, 23-200 Kraśnik na rzecz wykonawcy: Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A., ul. Drogowców 1, 39-200 Dębica, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. 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 3196/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 865 na odcinku Oleszyce – Cieszanów”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 czerwca 2023 r. pod nr 2023/S 111-348291.

W dniu 16 października 2023 r. Zamawiający przesłał wykonawcom, jak również zamieścił na stronie internetowej postępowania, informację o wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy (dalej zwanego „PDM”) jako najkorzystniejszej.

Konsorcjum firm w składzie: PBI Infrastruktura S.A. PBI WMB Sp. z o. o z siedzibą lidera w Kraśniku, na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605), dalej zwanej „Pzp” wniosło odwołanie wobec:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PDM z uwagi na zaistnienie w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7) 8 i 10 Pzp;
- 2) czynności wyboru oferty PDM jako najkorzystniejszej;
- 3) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp i w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez:

- a) zaniechanie odrzucenia oferty PDM, pomimo ziszczenia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia, gdyż PDM w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające

istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegające na tym, że w wyjaśnieniach zawartych w odpowiedzi na pytanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, wykonawca PDM nie przedstawił Zamawiającemu wszystkich informacji wynikających z Ugody zawartej w dniu 27 lipca 2023 r. przez PDM z Powiatem Dąbrowskim, dotyczącej umowy nr 34/2020 z dnia 23 października 2020 r. obejmującej wykonanie zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej w miejscowości Bolesław w km 10+910 ÷ 11+ 885, powiat dąbrowski”, w której to Powiat Dąbrowski zobowiązał się w ciągu 6 miesięcy od dnia zawarcia Ugody do naliczenia PDM kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w wysokości 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych), zaś PDM zobowiązał się dokonać zapłaty w/w kary umownej, uznając w tym zakresie dług co do zasady i co do wysokości, z czego wywieść należy, iż zasadniczo PDM został obciążony karą umowną z tytułu nienależytego wykonania umowy na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław i zobowiązał się do jej zapłaty, poprzestając jedynie na złożeniu wyjaśnień w odniesieniu do kar umownych naliczonych PDM z tytułu zwłoki w wykonaniu Kontraktu Bolesław (tj. kar wynikających z § 13 ust. 1 lit. a) Kontraktu Bolesław), co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia przez Zamawiającego zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia: zasady uczciwej konkurencji, równego traktowanie wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości;

b) zaniechanie odrzucenia oferty PDM, pomimo ziszczenia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia w związku z faktem, iż PDM, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił także w innym postępowaniu Zamawiającemu - Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia pn. „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 865 na odcinku od m. Zapatów do m. Oleszyce (Etap II Zapatów-Lipiną) (numer ref. PZDW/WZP/3052/243/WI/11/2023) informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w tamtym postępowaniu, polegające na tym, że w wyjaśnieniach zawartych w odpowiedzi na pytanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia z dnia 14 sierpnia 2023 r. dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, wykonawca PDM nie przedstawił Zamawiającemu wszystkich informacji wynikających z Ugody, w której to Powiat Dąbrowski zobowiązał się w ciągu 6 miesięcy od dnia zawarcia Ugody do naliczenia PDM kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w wysokości 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych), zaś PDM zobowiązał się dokonać zapłaty w/w kary umownej, uznając w tym zakresie dług co do zasady i co do wysokości, z czego wywieść należy, iż zasadniczo PDM został obciążony karą umowną z tytułu nienależytego wykonania umowy na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław i zobowiązał się do jej zapłaty, poprzestając jedynie na złożeniu wyjaśnień w odniesieniu do kar umownych naliczonych PDM z tytułu zwłoki w wykonaniu Kontraktu Bolesław (tj. wynikających z § 13 ust. 1 lit. a) Kontraktu Bolesław), co w konsekwencji doprowadziło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego i do wyboru oferty PDM jako najkorzystniejszej z dniem 26 września 2023 r. z naruszeniem ustawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia: zasady uczciwej konkurencji, równego traktowanie wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PDM z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty PDM, pomimo iż wykonawca ten z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał Kontrakt Bolesław, co w konsekwencji doprowadziło do nałożenia na PDM i uznania przez PDM bezspornej kary umownej z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w wysokości 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych);

3) art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych, które podważyło uczciwość i rzetelność PDM z uwagi na zwłokę w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w ramach Kontraktu Bolesław oraz zatajenie tej informacji przed

Zamawiającym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty PDM jako najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty PDM jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp i prawidłowo ocenił stan faktyczny, to doszłoby do odrzucenia oferty wykonawcy PDM. Tym samym, oferta Odwołującego uplasowałaby się na pierwszej pozycji listy rankingowej, co doprowadziłoby do jej wyboru jako najkorzystniejszej. Zatem, naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp miało, lub co najmniej mogło mieć, istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wyjaśnił, że w rozdziale I pkt VIII *Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109 ust. 1 pkt 4,5,7,8,10* Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał, że:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 109 ust 1 pkt 4,5,7,8,10.

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również Wykonawcę, w stosunku do którego zachodzą okoliczności, o których mowa w:

- 1) *art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r., poz. 835);*
- 2) *art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie.*

Zamawiający wskazuje, że w zakresie przesłanki wykluczenia, o której mowa w ppkt. 1) powyżej Wykonawca składa oświadczenie w Części III Sekcja D JEDZ „Podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym”.

Ponadto Zamawiający, w ramach weryfikacji przesłanek wykluczenia, o których mowa powyżej, zastrzega możliwość wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

2. Zamawiający będzie badał każdy taki przypadek indywidualnie.

3. Wykluczenie Wykonawcy następuje zgodnie z art. 111 Pzp

4. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 4,5,7,8,10. Pzp, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 Pzp

5. Zamawiający oceni, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.”

*Ponadto, Zamawiający w rozdziale I pkt XXXI SWZ *Informacja o uprzedniej ocenie ofert*, zgodnie z art. 139, jeżeli zamawiający przewiduje odwróconą kolejność oceny wskazał, że: „Zamawiający przewiduje zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy PZP, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.”*

W toku postępowania oferty złożyło 6 wykonawców:

- 1) REMOST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dębicy – z kwotą 119 917 699,96 zł brutto,
- 2) STRABAG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie – z kwotą 99 740 960,91 zł brutto,
- 3) Eurovia Polska S.A. w Kobierzycach – z kwotą 116 432 704,21 zł brutto,
- 4) Konsorcjum Firm: SWIETELSKY RAIL POLSKA SP. Z O.O. w Krakowie – Lider i SWIETELSKY AG w Linz – Partn z kwotą 107 133 000,00 zł brutto,
- 5) Odwołujący z kwotą 96 881 511,52 zł brutto,
- 6) Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe Spółka Akcyjna w Dębicy – z kwotą 94 318 703,58 zł brutto.

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp i w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział w dokumentach przetargowych fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 109 ust 1 pkt 4,5,7,8,10 Pzp. Zgodnie z dokumentacją przetargową, w zakresie przesłanek wykluczenia, wykonawca zobowiązany był do złożenia oświadczenia w Części III Sekcja C dokumentu JEDZ „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”. Co więcej, Zamawiający wskazał, że w ramach weryfikacji przesłanek wykluczenia, o których mowa powyżej, zastrzega możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. W rozdziale II SWZ Zamawiający określił Formularz ofertowy wraz z załącznikami, przy czym załącznikiem nr 1 do oferty był dokument

JEDZ

W złożonym przez PDM dokumencie JEDZ, wykonawca ten w Części I *Podstawy wykluczenia* w sekcji C, udzielił twierdzącej 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?”. Z kolei w szczegółowych informacjach na str. 9 i 10 dokumentu JEDZ, wykonawca ten złożył wyjaśnienia o następującej treści: „[Wykonawca informuje, że w toku realizacji umowy zawartej 23 października 2020 r. z Zarządem Drogowym w Dąbrowie Tarnowskiej (nr 34/2020) obejmującej wykonanie zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej w miejscowości Bolesław w km 10+910 ÷ 11+885, powiat dąbrowski” doszło do sytuacji, w której zamawiający skierował do wykonawcy notę księgową z informacją o naliczeniu kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy. Wykonawca konsekwentnie podnosił, że kara ta jest naliczona niesłusznie i prowadzone były w tym zakresie rozmowy. Zamawiający przyznał rację wykonawcy, wycofując w całości twierdzenia o zasadności naliczonej kary umownej i potwierdzając, że należało i należy ją traktować jako niebyłą [od początku]. Na dzień składania niniejszego dokumentu żadna kara umowna związana z realizacją powyżej umowy nie została przez Zamawiającego naliczona [nie jest również w konsekwencji wymagalna]. Wykonawca nie jest zobowiązany do dokonania jakiegokolwiek płatności z tytułu kar umownych na rzecz zamawiającego, Wykonawcy nie została wystawiona i doręczona żadna nota księgową obejmująca obowiązek płatności jakiegokolwiek kary jednak – z najdalej idącej ostrożności – wykonawca zawiera niniejszą informację, deklarując, że w przypadku zmiany w tym zakresie – czego wykluczyć nie można - będzie notyfikował Zamawiającego, pozostając gotowym do udzielenia dalej idących wyjaśnień. Wykonawca podkreśla, że powyższa informacja przedstawiana jest celu dochowania maksymalnej przejrzystości w relacji z zamawiającym. Wykonawca nie jest zobowiązany do wskazywania powyższej informacji w JEDZ, o czym przesądziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2153/23)]”.

W ocenie Odwołującego, PDM w wyjaśnieniach dotyczących w/w pytania, umieścił nieprawdziwą informację wobec treści Ugody, w której Powiat Dąbrowski zobowiązał się w ciągu 6 miesięcy od dnia zawarcia Ugody do naliczenia PDM kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w wysokości 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych), zaś PDM zobowiązał się dokonać zapłaty w/w kary umownej, uznając w tym zakresie dług co do zasady i co do wysokości, z czego wywieść należy, iż zasadniczo PDM został obciążony karą umowną z tytułu nienależytego wykonania umowy na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław i zobowiązał się do jej zapłaty. Odwołujący przedstawił jako dowód kopię Ugody zawartej w dniu 27 lipca 2023 r. przez wykonawcę PDM z Powiatem Dąbrowskim oraz dokumentu JEDZ złożonego przez PDM w dniu 21 sierpnia 2023 r.

Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2019 r. (sygn. akt KIO 80/19), w którym Izba podkreśliła istotne znaczenie informacji przekazywanych zamawiającym w dokumencie JEDZ, bowiem wobec odformalizowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (co znajduje odzwierciedlenie m. in. w braku załączania do oferty kompletu dokumentów obrazujących spełnienie warunków oraz braku podstaw do wykluczenia), JEDZ stał się głównym źródłem informacji na temat wykonawców na etapie następującym po złożeniu ofert. Zatem, wszelkie informacje ujęte w tym dokumencie muszą być precyzyjne i kategoryczne.

Zdaniem Odwołującego, informacja wskazywana przez PDM w dokumencie JEDZ jest informacją niepełną, wskutek czego jest informacją nieprawdziwą, bowiem PDM na dzień składania JEDZ tj. na dzień 21 sierpnia 2023 r. miał świadomość o treści Ugody z dnia 27 lipca 2023 r. oraz o postanowieniach dotyczących bezspornej już kary umownej należnej od PDM na rzecz zamawiającego – Powiatu Dąbrowskiego. Zgodnie z treścią Ugody strony uznały za zasadne obciążenie PDM karą umowną na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w wysokości 150.000,00 zł. Co więcej, PDM w przedmiotowej Ugodzie oświadczył, że dokona płatności w/w kary umownej po otrzymaniu noty księgowej od Zamawiającego w terminie nie dłuższym niż 14 dni licząc od dnia doręczenia prawidłowo wystawionej noty księgowej i w tym zakresie oświadczył, że uznaje dług przyszły co do zasady i co do wysokości.

W tej sytuacji wydaje się nie budzić wątpliwości, że wobec PDM wystąpiły podstawy wykluczenia opisane w treści art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, bowiem w obliczu treści informacji umieszczonej w JEDZ, bez wątpienia należy uznać, że PDM jest wykonawcą, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (celowe zatajenie informacji o ciąży karze umownej) wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje oraz który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wykonawca PDM z pewnością zdawał sobie bowiem sprawę z czynu, jakiego się dopuścił oraz jego skutków.

Odwołujący podkreślił, że mamy do czynienia z profesjonalistą, który musi znać spoczywające na nim obowiązki, zwłaszcza, jeżeli jest wykonawcą występującym w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych nie okazjonalnie, lecz wielokrotnie, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Zatem, nie można uznać, że podając w JEDZ tylko częściowe informacje co do kar umownych związanych z Kontraktem Bolesław –ograniczając się jedynie do informacji o karach umownych anulowanych, a nie o karach uznanych w treści Ugody, ewidentnie wprowadził Zamawiającego w błąd, co mogło mieć wpływ (i zapewne miało wpływ, co przejawia się w wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej) na wynik postępowania i decyzje Zamawiającego. Gdyby wykonawca faktycznie chciał uczynić zadość zasadzie maksymalnej przejrzystości w relacji z Zamawiającym, to powinien wskazać w treści szczegółowych informacji w JEDZ nie tylko okoliczności dotyczące naliczenia i anulowania przez Powiat Dąbrowski kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 lit a) Kontraktu Bolesław, lecz także o ustaleniach stron co do bezspornej kary umownej nałożonej na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław, co do której strony Ugody postanowiły jedynie o faktycznym odroczeniu jej płatności, ale co do zasady i wysokości kara umowna została uznana przez obie strony Ugody za bezsporną i uznaną przez dłużnika, czyli PDM.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, jako jednostka sektora finansów publicznych, zobligowana jest na podstawie art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych do zawierania umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej. Nadto, zgodnie z art. 42 ust. 5 ww. ustawy, jednostki sektora finansów publicznych są obowiązane do ustalania przypadających im należności pieniężnych, w tym mających charakter cywilnoprawny, oraz terminowego podejmowania w stosunku do zobowiązanych czynności zmierzających do wykonania zobowiązania. Trzeba zatem podnieść, iż powyższy przepis dotyczy wszystkich należności przypadających jednostkom sektora finansów publicznych. Zapewne w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych, ustawodawca objął obowiązkiem ustalania i dochodzenia także należności cywilnoprawne. W tym zakresie regulacja ww. ustawy stanowi dla jednostek sektora finansów publicznych przejaw ograniczenia swobody, z jakiej korzystają wierzyciele należności cywilnoprawnych w ogólności. Nakładany przedmiotowym przepisem obowiązek obejmuje zarówno ustalenie, jaki i dochodzenie należności. Przy czym pojęcia "ustalenie", o którym mowa w artykule nie należy rozumieć jedynie w sensie administracyjnoprawnym, ani wyłącznie w znaczeniu czynności z postępowania cywilnoprawnego. Ustalenie należności może polegać również na określeniu, czy obliczeniu kwoty należności od dłużnika (np. obliczenie kwoty należnej z tytułu kary umownej – tak jak to ma miejsce na gruncie przedmiotowej sprawy). Można dodać, że pomimo, iż powyższy przepis posługuje się ogólnym zwrotem „podejmowanie czynności zmierzających do wykonania zobowiązania" należy przyjąć, że dotyczy on jedynie dochodzenia należności pieniężnych. Kontekst wskazuje na to, że przedmiotem regulacji jest postępowanie dotyczące środków pieniężnych, a nie ogólna dbałość o interes jednostki sektora finansów publicznych poprzez egzekwowanie należnych jej jakichkolwiek świadczeń, w tym rzeczowych. Nadto, trzeba podkreślić, że zgodnie z art. 254 pkt 1 ww. ustawy, w toku wykonywania budżetu, jednostki samorządu terytorialnego obowiązują określone zasady gospodarki finansowej, w tym w szczególności zasada obowiązkowego ustalania, pobierania i odprowadzania dochodów budżetu jednostki samorządu terytorialnego na zasadach i w terminach wynikających z obowiązujących przepisów. Powyższe obowiązki Zamawiającego wynikające z ww. ustawy obligują go do podjęcia czynności wyegzekwowania kary umownej ustalonej przez PDM i Powiat Dąbrowski w Ugodzie, a zatem nie można w ogóle twierdzić, iż kary umownej nałożonej na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław nie ma, czy jest niewymagalna, bowiem sam fakt uznania w/w bezspornego długu przez PDM już stanowi o jego istnieniu, wskutek czego Powiat Dąbrowski musi dokonać czynności windykacyjnych w celu pozyskania środków do budżetu w kwocie 150.000,00 zł z tytułu ustalonej przez strony Ugody kary umownej. Wskazać, że pytanie ze str. 9 JEDZ, w związku z którym PDM złożył niepełne informacje, dotyczy sytuacji, w których nałożone zostało na wykonawcę odszkodowanie (kara umowna) w związku z wcześniejszą umową, zatem bezsprzecznie z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku Ugody, a same techniczne czynności wystawienia dokumentu księgowego nie mają znaczenia dla samego bytu uznanej przez PDM kary umownej.

Odwołujący zauważył także, że Zamawiającego wiąże ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zgodnie z którą w art. 5 ust. 1 określono naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zatem zamawiający – Powiat Dąbrowski, zobligowany jest do wyegzekwowania od PDM bezspornej kary umownej ustalonej w Ugodzie, gdyż niepobranie lub niedochodzenie należności jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia, stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co zatem także świadczy o nieuchronności przedmiotowej kary umownej. Trzeba podkreślić, iż kwestia niewystawienia noty księgowej, co jest jedynie czynnością techniczną, nie ma żadnego znaczenia dla faktu naruszenia przez PDM zobowiązań umownych określonych w Kontrakcie Bolesław, jak również dla istnienia na dzień składania JEDZ bezspornej kary umownej określonej co do zasady i wysokości oraz terminu płatności w treści Ugody. Odwołujący przywołał orzeczenie Głównej

Komisji Orzekającej z dnia 27 marca 2006 r. (znak: DF/GKO-100/132/2005/1083 60) oraz orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 26 listopada 2019 r. (znak: BDF1.4800.99.2018 63),

Odwolujący podkreślił, że w niniejszej sprawie, strony w Ugodzie określiły podstawę do nałożonej kary umownej - § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław – zwłoka PDM w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości oraz wysokość kary umownej w kwocie 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych). Strony określiły także termin płatności bezspornej kary umownej, a następnym etapem jest jedynie jej dochodzenie przez jednostkę sektora finansów publicznych od wykonawcy. Zawarcie przez strony Ugody, o tak konkretnej treści, ziściło przesłanki konieczności dochodzenia tej bezspornej kary umownej, a zatem PDM, nie informując Zamawiającego o istnieniu tak określonej, skonkretyzowanej i ustalonej kary umownej, jednocześnie powołując się na karę umowną anulowaną na mocy Ugody, bezsprzecznie działał z pełną świadomością i zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do istnienia podstaw do wykluczenia PDM z postępowania, zwłaszcza, że miał wiedzę, iż z dniem zakończenia postępowania, tj. z dniem podpisania umowy o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego nie będzie już możliwości do wykluczenia PDM z postępowania, nawet gdyby Zamawiający uzyskał informację o zapłacie przedmiotowej kary umownej przez PDM.

Odwolujący wskazał, że rażące niedbalstwo to kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem. Oczywiście do oceny tego, czy dana osoba powinna przewidzieć stosowne skutki, przyjmuje się – zgodnie z art. 355 KC – wzorzec osoby działającej z należytą starannością, w sposób profesjonalny, rzetelny i uczciwy. W świetle tego należy zakładać, że PDM powinien co najmniej liczyć się ze skutkami swojego działania. Jednym z przejawów staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom Pzp, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych.

Bezspornym jest fakt, iż PDM nie sprostało obowiązkom spoczywającym na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. PDM jako podmiot w pełni zaangażowany w inne inwestycje finansowane ze środków publicznych, który ponad wszelką wątpliwość prowadził rozmowy dot. nałożonych kar umownych, zawarł Ugodę określającą zasadność i wysokość kary umownej, a nawet termin jej płatności, miał pełną i niczym nieograniczoną wiedzę w tym zakresie. Mógł zatem, a nawet powinien wyposażać Zamawiającego w komplet informacji, które z jednej strony dałyby Zamawiającemu pełen obraz sytuacji i mogłyby przekonać go co do istnienia lub braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z drugiej natomiast w pełni chroniłyby interes samego wykonawcy. Zatajenie tych informacji niewątpliwie nastąpiło w warunkach zamierzonego działania. Trudno bowiem przyjąć, że profesjonalny wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie miał wiedzy o konsekwencjach wynikających z niepodania tego typu informacji.

Nawet, gdyby przyjąć (co w opinii Odwołującego jest jednak nieuzasadnione), że nie mamy do czynienia z zamierzonym działaniem, to PDM należy bezsprzecznie przypisać działanie w warunkach rażącego niedbalstwa, a więc drugiej z alternatywnych przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 PzpP. Wniosek taki jest zasadny, biorąc pod uwagę zarówno dysponowanie kompletem informacji, jak i wzorzec profesjonalnego wykonawcy. Do podobnych wniosków doszedł Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 24 października 2017 roku (sygn. akt XXIII Ga 9218/17).

W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie zmaterializowały skutki, o których mowa w obu analizowanych przepisach. Art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp wskazuje bowiem, że skutkiem tym musi być „wprowadzenie zamawiającego w błąd”. Co więcej, przepis ten wprost wskazuje na nieprawidłowość polegającą na zatajeniu informacji, a więc stan, z którym mamy do czynienia w tym postępowaniu, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Jednocześnie spełniony został również skutek, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, gdyż ten przepis nie wymaga wprowadzenia w błąd/zatajenia (stan dokonany), a jedynie przedstawienia informacji „wprowadzających w błąd”, mogących mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego (stan hipotetyczny). Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO w tym zakresie (np. wyrok KIO z dnia 2 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2014/17).

Przez „błąd” należy rozumieć rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości gospodarza postępowania. Istotą „błędu”, o którym mowa w analizowanych przepisach, jest więc próba wykreowania u zamawiającego przekonania, iż dana okoliczność/zdarzenie miały/nie miały miejsca, podczas gdy w rzeczywistości tak było/nie było. Do takiego stanu doprowadza swoim działaniem wykonawca poprzez przedstawienie nieprawdziwej informacji lub zatajenie prawdziwej, która stała się (lub mogła się stać) źródłem błędnego przekonania Zamawiającego o danej okoliczności/zdarzeniu. Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości (lub niepodanie prawdziwych). Na szczególną uwagę zasługuje w tym względzie wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r. (sygn.

akt KIO 576/17).

Zdaniem Odwołującego, JEDZ złożony przez PDM jest obiektywnie sprzeczny z rzeczywistością. Nie budzi bowiem wątpliwości, że na tego wykonawcę nałożona została kara umowna, którą wykonawca ten w pełni uznał w Ugodzie, zaś w dokumencie JEDZ pomija on fakt bezspornej kary umownej.

Odwołujący podkreślił, że w niniejszej sprawie spełniona jest także przesłanka odnosząca się do zakresu informacji, bowiem jak wynika z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp informacje, o których mowa w tym przepisie, muszą odnosić się do określonego zakresu przedmiotowo istotnego w kontekście czynności w postępowaniu, w tym odnoszących się do oceny podstaw wykluczenia z postępowania. Takiego ograniczenia nie zawiera art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, który wskazuje jedynie na szeroko rozumiane decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Niewątpliwie zatem spełnione zostały przesłanki uzasadniające wykluczenie PDM w oparciu o obie te podstawy tj. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO w tym zakresie i wskazał, iż wykonawca, który nie odpowiada rzetelnie na sformułowane w JEDZ pytania oraz nie ujawnia pełnych informacji szczegółowych, wprowadza w błąd zamawiającego, a zatem podlega wykluczeniu.

Wykonawca PDM, nawet gdyby miał co do tego wątpliwości, powinien zatem w szczegółowych informacjach notyfikować Zamawiającemu fakt, iż nałożono względem niego karę umowną. Wątpliwości te, czy doszło do wystąpienia podstaw wykluczenia, powinien natomiast rozstrzygnąć i ocenić Zamawiający. Z uwagi jednak na brak podania tej informacji (PDM poinformował Zamawiającego jedynie o karach anulowanych, a nie bezspornych jeszcze niewyegzekwowanych przez Powiat Dąbrowski), Zamawiający nie miał w ogóle takiej możliwości.

Odwołujący podniósł, że na obecnym etapie nie istnieją podstawy do sanowania zidentyfikowanej wadliwości. Procedura samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 Pzp nie może być bowiem traktowana jako forma ratowania wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd (tak m.in. wskazuje wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1478/19). Odwołujący podniósł, że instytucja samooczyszczenia mogłaby mieć zastosowanie w przedmiotowej sprawie, ale w sytuacji gdyby PDM udzielił pełnych informacji wynikających z Ugody, tj. informacji dotyczących Kontraktu Bolesław związanych z karą umowną opartą o § 13 ust. 1 lit c) tego kontraktu. Jednakże działanie, którego dopuścił się PDM, całkowicie niweluje możliwość skorzystania z tej instytucji na tym etapie postępowania.

Odwołujący zauważył, że fakt wprowadzania w błąd Zamawiającego przez PDM nie jest sytuacją jednostkową, bowiem podobnego zachowania dopuścił się PDM także w innym postępowaniu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego, a mianowicie w prowadzonym przez Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 865 na odcinku od m. Zapalów do m. Oleszyce (Etap II Zapalów-Lipiną)” (numer referencyjny postępowania: PZDW/WZP/3052/243/WI/11/2023), w toku którego ten wykonawca także złożył JEDZ (z dnia 14 sierpnia 2023 r.) z niepełną informacją szczegółową, wprowadzającą Zamawiającego w błąd, co do okoliczności dotyczących zawartej Ugody. Odwołujący przedłożył kopię dokumentu JEDZ z dnia 14 sierpnia 2023 r. złożony przez PDM oraz Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 26 września 2023 r.

We wskazanym postępowaniu w dokumencie JEDZ wykonawca PDM także zataił przed Zamawiającym informacje wynikające z Ugody, w której to Powiat Dąbrowski zobowiązał się w ciągu 6 miesięcy od dnia zawarcia Ugody do naliczenia PDM kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w wysokości 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych), zaś PDM zobowiązał się dokonać zapłaty w/w kary umownej, uznając w tym zakresie dług co do zasady i co do wysokości, z czego wywieść należy, iż zasadniczo PDM na mocy Ugody został obciążony karą umowną z tytułu nienależytego wykonania umowy na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław i zobowiązał się do jej zapłaty.

II.Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący wskazał na treść art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz wyjaśnił, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp określa przesłanki, które muszą zaistnieć, aby wykluczenie na podstawie tego przepisu było możliwe, tj.:

- 1) wykonawca dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji;
- 2) niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie musi być znaczące co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych;
- 3) przywołane powyżej zachowanie wykonawcy musi dotyczyć istotnego zobowiązania;
- 4) niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź też długotrwałe nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- 5) konsekwencją powyższego było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Co prawda, z literalnego brzmienia w/w przepisu wynikałoby, iż wykonawca nie jest zobowiązany do notyfikacji

okoliczności faktycznych, w przypadku gdy dotyczą one kary umownej, jednakże stanowiska doktryny i orzecznictwa są zgodne, iż udzielenie twierdzącej odpowiedzi na w/w pytanie zawarte w dokumencie JEDZ oraz złożenie stosownych w tym zakresie wyjaśnień, dotyczy również sytuacji, w której na wykonawcę nałożono kary umowne w związku z realizacją umowy o zamówienie publiczne. Dla przykładu Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3078/21.

Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie w pełni zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia PDM na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący podniósł, że PDM, udzielając wyjaśnień towarzyszących odpowiedzi na w/w pytanie zawarte w dokumencie JEDZ, całkowicie pominął okoliczności związane z zawartą przez PDM i Powiat Dąbrowski Ugodą z dnia 27 lipca 2023 r., dotyczącą realizacji przez PDM Kontraktu Bolesław. Zgodnie z przytoczonymi w Ugodzie okolicznościami faktycznymi, w tym w szczególności, zgodnie z § 5 ust. 2 Kontraktu Bolesław, termin zakończenia robót został ustalony na dzień 30 września 2021 r. i w tym też dniu kierownik budowy dokonał w dzienniku budowy stosownego wpisu o zakończeniu robót. Powiat Dąbrowski odmówił jednak odbioru robót budowlanych z uwagi na wystąpienie wad istotnych, i wobec tego na podstawie § 13 ust. 1 lit. a) Kontraktu Bolesław, obciążył PDM karą umowną z tytułu zwłoki w stosunku do terminu zakończenia robót w kwocie 471.000,90 zł (przedmiotowa kara umowna objęta była notą księgową z dnia 2 sierpnia 2022 r.). PDM kwestionował nałożenie w/w kary umownej, podnosząc iż stwierdzone przez Powiat Dąbrowski wady miały charakter wad nieistotnych, a wobec tego zamawiający nie miał podstaw odmowy ich odbioru, a tym samym roboty budowlane zakończone zostały zgodnie z umownym terminem. Na skutek powstałego między stronami sporu oraz prowadzonymi rozmowami, w dniu 27 lipca 2023 r. została zawarta Uгода, w której strony ustaliły, iż brak było podstaw do nałożenia na PDM kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 lit. a) Kontraktu Bolesław, a zatem należy traktować ją jako niebyłą.

Odwołujący podniósł, że PDM w dokumencie JEDZ poinformował Zamawiającego o okolicznościach dotyczących nałożenia i anulowania kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu Kontraktu Bolesław, objętej notą księgową z dnia 2 sierpnia 2022 r. na kwotę 471.000,90 zł, całkowicie pomijając okoliczności związane z poczynionymi przez strony ustaleniami dotyczącymi kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 lit. c) tego kontraktu, tj. karą umowną z tytułu zwłoki PDM w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w ustalonej przez Strony w wysokości 150.000,00 złotych.

Z treści zawartej pomiędzy stronami Ugody wynika jednoznacznie, iż strony pozostają zgodne co do tego, iż PDM dopuścił się nienależytego wykonania Kontraktu Bolesław, polegającego na zwłoce w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości. W związku z tym strony ustaliły, iż PDM zobowiązany jest do zapłaty na rzecz Powiatu Dąbrowskiego kary umownej z tego tytułu w wysokości 150.000,00 zł, czego PDM nie kwestionował ani co do zasady, ani co do wysokości. Irrelevantny jest w tym zakresie fakt, iż strony postanowiły, że nota obciążeniowa z tego tytułu zostanie wystawiona w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia ugody, tj. maksymalnie do dnia 27 stycznia 2024 r. – okoliczność ta wpływa jedynie na ustalenie terminu płatności kary umownej, nie zaś na fakt istnienia po stronie PDM zobowiązania do jej zapłaty. Innymi słowy kara umowna została już na PDM nałożona, a strony jedynie odroczyły termin jej płatności.

W świetle powyższego uznać należy, iż spełniły się wszystkie przesłanki stanowiące podstawę wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a mianowicie:

- PDM dopuścił się nienależytego wykonania Kontraktu Bolesław polegającego na zwłoce w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w ramach tego kontraktu;
- zwłoka jakiej dopuścił się PDM w odniesieniu do nienależytego wykonania Kontraktu Bolesław jest znacząca zarówno do stopnia, jak i zakresu naruszeń zobowiązań umownych, o czym świadczy zarówno wysokość ustalonej przez strony kary umownej wynoszącej 150.000,00 zł (podczas gdy wartość całego Kontraktu opiewała na kwotę nieco ponad 2.300.000 zł brutto), jak i okoliczność, iż nienależyte wykonanie Kontraktu dotyczyło głównego świadczenia jakim było usunięcie wad i usterek robót budowlanych stanowiących przedmiot tego Kontraktu;
- nienależyte wykonanie Kontraktu dotyczyło istotnego zobowiązania wynikającego z Kontraktu Bolesław, ponieważ związane było z głównym świadczeniem jakim było usunięcie wad i usterek robót budowlanych stanowiących przedmiot tego Kontraktu;
- nienależyte wykonanie Kontraktu nastąpiło z przyczyn leżących po stronie PDM, ponieważ strony Ugody wskazały w niej, iż PDM dopuścił się zwłoki w usunięciu wad i usterek robót budowlanych stanowiących przedmiot tego Kontraktu. Zwłoka to kwalifikowana postać opóźnienia, która wskazuje, iż niedochowanie terminu nastąpiło z przyczyn zawinionych przez dany podmiot. Skoro zatem PDM dopuścił się zwłoki, tym samym oczywiste jest, iż nieterminowe usunięcie wad i usterek robót budowlanych stanowiących przedmiot Kontraktu Bolesław, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie PDM;
- w konsekwencji powyższego, na PDM została nałożona kara umowna na podstawie § 13 ust. 1 lit. c) Kontraktu Bolesław.

Odwolujący podkreślił, że art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie wymaga, aby wykonawca dokonał płatności kary umownej lub aby kara ta była wymagalna. Istotne w tym zakresie jest, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę doprowadziło do odszkodowania (kary umownej), co też ma miejsce na gruncie przedmiotowej sprawy.

III. Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp

Odwolujący wskazał, że według 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 nienależyte wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów. Przepis ten wdraża art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy klasycznej, który umożliwia wykluczenie wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosowanych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które poddaje w wątpliwość jego uczciwość. Fakultatywna podstawa wymieniona w przywołanym przepisie dyrektywy klasycznej ma na celu umożliwienie instytucji zamawiającej oceny uczciwości i rzetelności każdego z oferentów. Opiera się ona na istotnym elemencie relacji między zwycięskim oferentem a instytucją zamawiającą, a mianowicie na wiarygodności zwycięskiego oferenta, na której opiera się zaufanie, jakim obdarzyła go instytucja zamawiająca (por. wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 *Meca Srl przeciwko Comune di Napoli* ECLI:EU:C:2019:507, pkt 29 i 30).

Odwolujący wyjaśnił, że źródłem obowiązków zawodowych może być prawo stanowione, ustalone zwyczaje zawodowe oraz czynność prawna. Stąd naruszenie obowiązków zawodowych to zarówno naruszenie ustawy, norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, jak i umowy. Naruszenie obowiązków zawodowych musi być zawinione i poważne. Zwykle naruszenie obowiązków zawodowych jest zawinione i poważne, jeżeli zachowanie danego wykonawcy wykazuje zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Wagę niedbalstwa należy odnosić zarówno do postawy danego wykonawcy, jak i obiektywnych skutków naruszenia oraz jego wpływu na utratę zaufania do danego wykonawcy. Jako zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych można zakwalifikować naruszenie przepisów Pzp gwarantujących przestrzeganie zasad udzielania zamówień publicznych. Również niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za poważne naruszenie obowiązków zawodowych, bowiem polski ustawodawca doprecyzował w tym zakresie uregulowanie dyrektywy klasycznej w duchu orzecznictwa TSUE, wskazując jako przykład zawinonego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. W interpretacji pojęcia „obowiązków zawodowych”, pomocne będzie orzeczenie TSUE z 13.12.2012 r., *Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A.*, zgodnie z którym obejmują one uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które są stwierdzane przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Użycie sformułowania „poważne naruszenie” wskazuje na konieczność wykazania naruszenia, które ma większe znaczenie niż niedbałość w wykonywaniu obowiązków lub niska jakość ich wykonywania. We wskazanym wyżej wyroku Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajął stanowisko również w tej kwestii, wskazując, że „pojęcie «poważnego wykroczenia» należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.

Odwolujący podniósł, że w tym przypadku w istocie doszło do naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp na dwóch płaszczyznach.

Pierwsza odnosi się do kwestii zawinonego, nienależytego wykonania przez PDM Kontraktu Bolesław, polegającego na dopuszczeniu się zwłoki w usunięciu wad i usterek robót budowanych stanowiących przedmiot tego Kontraktu. Samo nieterminowe wykonanie przez PDM tego zobowiązania, świadczy o tym, iż mamy do czynienia z nienależytym wykonaniem w/w Kontraktu. Okoliczność zaś, iż owo nienależyte wykonanie Kontraktu przybrało postać zwłoki, w sposób oczywisty rzutuje na to, iż naruszenie to ma charakter co najmniej rażącego niedbalstwa (tj. wykonawca przewidywał wystąpienie określonych skutków i godził się na to). Przypomnieć należy, że rażące niedbalstwo to postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie odbiega od modelu należytego zachowania się wykonawcy. Należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 KC). Rażące niedbalstwo odróżnić należy od zwykłej postaci niedbalstwa, która występuje wówczas, gdy mamy do czynienia z tzw. winą nieumyślną, którą charakteryzuje to, iż sprawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz bezzasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć. Mając jednak na względzie okoliczność, iż PDM jest podmiotem, który od wielu lat funkcjonuje na rynku, realizując zadania publiczne, trudno uznać, aby dopuszczając się zwłoki w realizacji Kontraktu

Bolesław, mógł przypuszczać, iż uniknie jej skutków albo, że ich w ogóle nie przewidywał. Na gruncie niniejszej sprawy uznać należy, iż z całą pewnością mamy do czynienia z sytuacją, w której przewidywał skutki zwłoki i godził się na nie (o czym świadczy m.in. fakt zawarcia Ugody z Powiatem Dąbrowskim).

Druga z płaszczyzn naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do faktu zatajenia przed Zamawiającym wszystkich okoliczności związanych z zawarciem przez PDM Ugody, tj. zatajenie okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem przez tego wykonawcę Kontraktu Bolesław, co doprowadziło do kary umownej, na podstawie § 13 ust. 1 lit. c) tego Kontraktu, tj. kary umownej z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek robót budowanych stanowiących przedmiot tego Kontraktu. W ocenie Odwołującego, zachowanie PDM polegające na nieujawnieniu (zatajeniu) przez PDM okoliczności związanych z karą umową wynikającą z § 13 ust. 1 lit. c) Kontraktu Bolesław, stanowiło naruszenie ustawowego obowiązku wykonawcy wynikającego z Pzp, polegającego na obowiązku notyfikacji Zamawiającemu wszystkich okoliczności mogących stanowić podstawę jego ewentualnego wykluczenia z postępowania (na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 7), 8) i 10) Pzp). Tymczasem PDM, zarówno w tym postępowaniu, jak i w innych postępowaniach (np. w postępowaniu organizowanym przez tego samego Zamawiającego, dotyczącym realizacji zadania pn. „Przebudowa/ rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 865 na odcinku od m. Zapałów do m. Oleszyce (Etap II Zapałów – Lipina)” notorycznie i celowo pomija okoliczności związane z karą umową wynikającą z § 13 ust. 1 lit. c) Kontraktu Bolesław. Działanie to ma zmierzać do tego, aby nie upubliczniać informacji dotyczących w/w kary umownej, co doprowadziłoby do wykluczenia tego wykonawcy z tych postępowań. Zatajenie tych informacji na gruncie przedmiotowej sprawy, należy zatem kwalifikować jako poważne naruszenie podstawowych obowiązków wynikających z Pzp, co w sposób jednoznaczny i bezsprzeczny, podważa uczciwość tego wykonawcy.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że z powyższego wynika, że:

- 1) PDM wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez nieprzedstawienie (wręcz zatajenie) w szczegółowych informacjach w dokumentach JEDZ Część III sekcja C z dnia 14 sierpnia 2023 r. oraz z dnia 21 sierpnia 2023 r. okoliczności dotyczących nałożonej na PDM kary umownej przez zamawiającego – Powiat Dąbrowski, wobec treści Ugody z dnia 27 lipca 2023 r., z tytułu zwłoki PDM w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w wysokości 150.000,00 złotych, a wobec tego wykonawca ten powinien zostać wykluczony z Postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8) lub pkt 10) Pzp;
- 2) PDM z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z Kontraktu Bolesław, co doprowadziło do obciążenia PDM odszkodowaniem (karą umowną) w wysokości 150.000,00 zł z tytułu kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 lit. c) Kontraktu Bolesław, a wobec tego wykonawca ten powinien zostać wykluczony z Postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp;
- 3) PDM z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z Kontraktu Bolesław, co doprowadziło do nałożenia przez Powiat Dąbrowski odszkodowania (kary umownej) w wysokości 150.000,00 zł, zaś PDM nie przedstawił (wręcz zataił) te informacje przed Zamawiającym, a wobec tego wykonawca ten powinien zostać wykluczony z Postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 07 listopada 2023 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zamawiający zapowiedział, że zgodnie z art. 522 ust. 1 zdanie drugie Pzp, wykona, powtórzy lub unieważni czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Przystępujący PDM w dniu 8 listopada 2023 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. W piśmie z dnia 13 listopada 2023 r. przedstawił swoje stanowisko procesowe w sprawie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że w treści SWZ Zamawiający przewidział, iż będzie badał czy względem wykonawców zachodzą okoliczności wskazane w przesłankach wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp oraz w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10 Pzp. W związku z przywołanymi przesłankami wykluczenia z postępowania, wykonawcy składający ofertę zobowiązani byli m.in. do udzielenia odpowiedzi na pytanie zawarte w Jednolitym Elektronicznym Dokumencie Zamówienia w zakresie okoliczności dotyczących realizowanych umów w sprawie zamówienia publicznego, które zostały rozwiązane przed czasem bądź w ramach których naliczone zostały kary umowne (pytania nawiązujące swoją treścią do przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp).

Przystępujący wyjaśnił, że w celu dochowania maksymalnej transparentności oraz przedstawienia Zamawiającemu informacji zgodnych w prawdę, udzielił odpowiedzi twierdzącej na pytanie zawarte w JEDZ.

Brak ziszczenia się w stosunku do PDM przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp.

Przystępujący wskazał, że zasadność (a właściwie jej brak) podawania przez PDM w JEDZ informacji o

Kontrakcie Bolesław była już przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. KIO 2153/23, zakończonej wyrokiem z dnia 8 sierpnia 2023 r., W trakcie rozprawy PDM wykazał, iż kara umowna, która była przedmiotem zarzutów odwołującego się wykonawcy została cofnięta przez zamawiającego, a wyniku rozmów ugodowych i w konsekwencji zawartej Ugody – samą karę umowną uznano za niebyłą, a w konsekwencji należało ją od samego początku traktować jako nieistniejącą. Dodatkowo PDM wykazał, iż przedmiot Kontraktu Bolesław został zrealizowany w umownym terminie (co zostało wykazane wpisem do dziennika budowy) oraz był od tego momentu nieprzerwanie użytkowany przez uczestników ruchu drogowego. Po dacie zakończenia robót budowlanych PDM dokonywał jedynie napraw nieistotnych wad i niedoróbek w zakresie wykonanego i faktycznie odebranego przez zamawiającego przedmiotu umowy. PDM wykazał, że wykonał całość zamówienia (w umownym terminie), zaś za swoją pracę otrzymał całość należnego mu umownie wynagrodzenia. W toku postępowania odwoławczego analizie poddano również ekspertyzę techniczną wydaną przez Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji RP oddział w Rzeszowie, w ramach której dokonano oceny zrealizowanych przez PDM prac. Z jej treści jednoznacznie wynika, iż w wykonanym przez PDM przedmiocie zamówienia brak było jakichkolwiek wad istotnych, które mogłyby świadczyć o nienależyтым wykonaniu umowy przez PDM.

Przystępujący zauważył, że w toku postępowania odwoławczego doszło do szczegółowej analizy okoliczności faktycznych, jakie miały miejsce w ramach realizacji Kontraktu Bolesław, w tym oceny tych okoliczności w świetle przesłanek wykluczenia z postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza, a także Zamawiający (PZDW w Rzeszowie) zapoznali się z treścią Ugody i również w świetle tej Ugody oceniane były przesłanki wykluczenia. Izba doszła do jednoznacznych wniosków, iż względem PDM nigdy nie doszło do wypełnienia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp. Izba uznała, że w stosunku do PDM nie ziszcili się przesłanki uzasadniające zastosowanie sankcji wykluczenia z postępowania z uwagi na wprowadzenie zamawiającego w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp). Omawiany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie przesądził, iż Przystępujący nigdy nie był *de facto* zobowiązany do notyfikowania w JEDZ informacji o realizowanym Kontrakcie Bolesław. Krajowa Izba Odwoławcza doszła również do prawidłowych wniosków, iż w ramach Kontraktu Bolesław oraz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do:

- a) zawnionego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co podważałoby uczciwość PDM;
- b) niewykonania w znacznym stopniu lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania, czego skutkiem miałyby być odstąpienie od umowy/odszkodowanie/zlecenie wykonawstwa zastępczego lub realizacja uprawnień w tytule rękojmi;
- c) wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Zdaniem Przystępującego, okoliczności faktyczne przebiegu realizacji tego kontraktu w żaden sposób nie wpływają na możliwość wypełnienia którejkolwiek z fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego względem Przystępującego. Mimo tego PDM zawarł w JEDZ informację o Kontrakcie Bolesław, co stanowi przejaw najdalej idącej przejrzystości. PDM poinformował Zamawiającego o wszystkich okolicznościach faktycznych związanych z Kontraktem Bolesław i Ugodą, w tym przedstawił informację o przyszłej, możliwej, nienaliczonej jeszcze karze umownej objętej Ugodą.

Na szczególną uwagę zasługuje, że sprawa KIO 2153/23 dotyczyła postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez PZDW Rzeszów, a więc tego Zamawiającego, który prowadzi niniejsze postępowanie. Również w tamtej sprawie Zamawiający uwzględnił odwołanie. Najważniejsze jest jednak, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający ma pełną świadomość stwierdzonego prawomocnie przez KIO braku obciążającego PDM obowiązku notyfikowania informacji o Kontrakcie Bolesław. Mimo to ponownie zdecydował się na uwzględnienie odwołania, co odczytywać należy jedynie jako jawny wyraz niechęci do Przystępującego.

Już więc z wyżej opisanych względów (stanowisko KIO na temat braku konieczności podawania w JEDZ jakichkolwiek informacji na temat Kontraktu Bolesław) dojść należy do wniosku, iż całość stanowiska Odwołującego pozostaje z gruntu rzeczy bezzasadna.

Przystępujący podniósł, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie wykluczenia z postępowania. Przystępujący nie podał informacji nieprawdziwych ani też nie zataił żadnych informacji. Podkreślił, że ani Pzp, ani żadne inne normy nie określają obowiązków wykonawców w zakresie prezentacji w JEDZ określonego katalogu informacji. Definitywnym obowiązkiem wykonawców jest natomiast udzielenie prawdziwej odpowiedzi na pytanie JEDZ. Z obowiązku tego PDM się wywiązał, choć w świetle wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 2153/23) nie ma obowiązku notyfikowania zamawiającym informacji odnoszących się do Ugody. Mimo to, chcąc pozostać maksymalnie transparentnym w relacji z Zamawiającym, Przystępujący przedstawił Zamawiającemu informacje na temat Ugody, pozwalając tym samym Zamawiającemu podjąć ewentualne kroki zmierzające do rozpoczęcia dalszej procedury wyjaśniającej.

Zdaniem Przystępującego, dla dalszych rozważań w zakresie treści umieszczonej przez PDM w JEDZ kluczowe znaczenie ma fakt, że w ramach Kontraktu Bolesław nie doszło do naliczenia kary umownej (na moment złożenia JEDZ

taka kara nie istniała i nie istnieje nadal). Analiza treści oświadczenia JEDZ Przystępującego pozwala jednoznacznie stwierdzić, że PDM oświadczył, że:

- w ramach realizacji Kontraktu Bolesław doszło do sytuacji, w której skierował do PDM notę księgową z informacją o naliczeniu kary umownej tytułu zwłoki w wykonaniu umowy;
- zamawiający (Powiat Dąbrowski) przyznał PDM rację co do braku zasadności kary umownej i dokonał cofnięcia swojego oświadczenia o karze umownej, traktując ją jako niebyłą od początku;
- na dzień składania oświadczenia JEDZ nie została wystawiona i doręczona żadna nota księgową obejmująca obowiązek dokonania płatności jakiegokolwiek kary przez PDM na rzecz zamawiającego;
- PDM nie może wykluczyć zmiany w zakresie informacji wskazanej w punkcie c), tj. możliwe jest naliczenie kary umownej w przyszłości (w przypadku zmiany poinformuje Zamawiającego).

W opinii Przystępującego, analizowana kara umowna nie może zostać wyegzekwowana, albowiem nie została jeszcze na Przystępującego nałożona. Nie można zatem również oczekiwać od PDM sprostania obowiązkom w zakresie informowania o karze, która nie istnieje.

Wykonawca PDM nie wprowadził Zamawiającego w błąd – brak podstaw do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp

Zdaniem Przystępującego, o tym, że PDM nie wprowadził Zamawiającego w błąd świadczą zasadniczo następujące okoliczności:

- 1)PDM na pytanie JEDZ dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp odpowiedział „TAK”, w tym wskazał najważniejsze informacje płynące z okoliczności faktycznych zrealizowanego Kontraktu Bolesław;
- 2)w ramach Kontraktu Bolesław nie doszło do naliczenia PDM kary umownej.

Przystępujący podkreślił, że nie wprowadził Zamawiającego błąd, a odwołanie skonstruowane zostało na wadliwym założeniu, że w ramach Kontraktu Bolesław doszło do nałożenia na PDM kary umownej. Tymczasem jest to oczywista nieprawda – na dzień złożenia JEDZ, ale również na moment składania niniejszego pisma procesowego taka kara nie została nałożona. Odwołujący zatem próbuje doprowadzić do wykluczenia konkurencyjnego wykonawcę w oparciu o nieistniejącą okoliczność. Ponadto, nawet gdyby kara jednak została nałożona, to sposób wypełnienia przez PDM dokumentu JEDZ obiektywnie nie pozwala uznać, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd. O wprowadzeniu w błąd można by było mówić dopiero wówczas, gdyby odpowiedź Przystępującego na zadane pytanie brzmiała „NIE”.

Warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby.

Myli się Odwołujący twierdząc, że w JEDZ przedłożonym Zamawiającemu PDM zataił fakt naliczenia kar umownych. Skoro bowiem pytanie JEDZ skonstruowane jest jako „pytanie o fakt” (zaczyna się od „czy”), a wypełniający JEDZ wykonawca oświadcza „TAK”, podając jednocześnie rozwinięcie, to nie sposób zgodzić się, że doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp jest całkowicie nietrafiony. Bezsporne wydaje się przy tym być, że przesłanki prowadzących do zastosowania sankcji wykluczenia nie można wyklądać rozszerzająco.

Powołując się na orzecznictwo Izby, Przystępujący podniósł, że podstawowym obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie obiektywnie prawdziwej odpowiedzi na pytanie (poprzez „TAK” lub „NIE”). Obowiązkiem wykonawcy nie jest zaś przeprowadzenie samodzielnej procedury wyjaśniającej już na etapie składania JEDZ.

Odwołujący stawiając zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd, usiłuje uzasadnić go, poprzez nakreślenie katalogu informacji, które rzekomo wykonawca ma obowiązek zamieścić w JEDZ. Stanowisko Odwołującego jest jednak niezasadne (i to nie tylko dlatego, że Odwołujący oczekuje podania informacji o okoliczności, która nie miała jeszcze miejsca). Nie sposób zgodzić się z Odwołującym. JEDZ przedkładany przez wykonawców ma umożliwić badanie przesłanki wykluczenia, nie oznacza to jednak, że zawierać musi określony katalog informacji, a zamawiający ma prawo wykluczyć wykonawcę bez zastosowania procedury wyjaśniającej. Wiąże się to również z charakterem dokumentu JEDZ. Otóż, jak wynika z art. 59 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE: „*W chwili składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert instytucje zamawiające przyjmują jednolity europejski dokument zamówienia obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie (...)*”. Już zatem w oparciu o tę regulację Dyrektywy klasycznej stwierdzić można ponad wszelką wątpliwość, że JEDZ ma charakter wstępny, który za założenia może nie być wystarczającym do oceny spełnienia warunków czy niepodlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokumentowi JEDZ poświęcone zostało Rozporządzenie Wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W rozporządzeniu tym stwierdza się m. in.:

– „*Jednolity europejski dokument zamówienia jest składanym przez wykonawców oświadczeniem własnym stanowiącym*

dowód wstępny, zastępującym zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie”;

– „Dokument ten ma na celu zmniejszenie obciążeń administracyjnych wynikających z wymogu przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów związanych z kryteriami wykluczenia i kwalifikacji”.

Powyższe dowodzi zatem, że rolą JEDZ jest wstępne potwierdzenie okoliczności istotnych z perspektywy oczekiwań (warunki, przesłanki wykluczenia) zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że JEDZ te informacje zastępuje.

Przystępujący wskazał, że Odwołujący domaga się od PDM realizacji niewynikających z Pzp obowiązków. Jest to całkowicie nieuzasadnione, w szczególności, jeśli weźmiemy pod uwagę, że niezastosowanie się do rzekomych obowiązków w tym zakresie prowadzić (zdaniem Odwołującego) powinno do zastosowania sankcji najdalej idącej, jaką jest wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Innymi słowy – Konsorcjum PBI usiłuje doprowadzić do sytuacji, w której PDM byłby wykluczony z postępowania za niezastosowanie się do nieistniejących obowiązków ustawowych.

Zdaniem Przystępującego, całkowicie chybiony jest zarzut spełnienia się względem PDM przesłanki wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp czy też z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Okoliczności faktyczne wynikające bezpośrednio z treści Ugody (której treść znał *de facto* sam Zamawiający), a także z wyroku KIO 2153/23 przesądzają o tym, iż względem Przystępującego nie spełniła się żadna z przesłanek wykluczenia. Nie sposób jednocześnie nie dostrzec, iż Odwołujący w żadnym fragmencie odwołania nie podjął próby wykazania (udowodnienia), aby PDM w sposób zawiniony czy nienależyty wykonał istotną część zobowiązania wynikającą z Kontraktu Bolesław. Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, że w stosunku do PDM ziszczyły się kumulatywnie przesłanki wykluczenia go z postępowania, czy to na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, czy też w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a przede wszystkim – nie wykazał, aby kara umowna ujęta w Ugodzie miała charakter odszkodowawczy.

W artykule 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przewidziane zostały następujące przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, tj.:

(i) wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie,

(ii) w znacznym stopniu lub zakresie:

- nie wykonał lub (alternatywa łączna)
- nienależycie wykonał albo (alternatywa rozłączna)
- długotrwale nienależycie wykonywał,

(iii) istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji;

(iv) co doprowadziło do:

- wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy,
- odszkodowania,
- wykonania zastępczego lub
- realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Przystępujący podkreślił, że dopiero kumulatywne (jednoczesne) spełnienie się ww. przesłanek wskazanych w lit. (i) – (iv) uprawnia do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Ponadto, czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest (obok odrzucenia jego oferty) czynnością najdalej ingerującą w prawa wykonawcy. Przyjmuje się, że przepisy przewidujące tego typu sankcje muszą być wykładane w sposób ścisły i nie jest na tym polu dopuszczalna wykładnia rozszerzająca. Zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wymaga bezwzględnie wykazania, że wykonawca swoim działaniem lub zaniechaniem (okolicznościami leżącymi po jego stronie) doprowadził do zastosowania jednej z sankcji wskazanych w pkt. 36 powyżej. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się sankcyjny charakter art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz sposób jego rozumienia.

Względem Przystępującego nie mogło dojść do spełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, albowiem Przystępujący zrealizował w terminie przedmiot umowy, który w dalszej kolejności był użytkowany przez Powiat Dąbrowski oraz uczestników ruchu drogowego. Pomijając okoliczność, w świetle której, PDM nie został w istocie obciążony karą umowną (co wynika zarówno z zaistniałego stanu faktycznego, jak i zawartej Ugody), a sama kara umowna wskazana w § 2 ust. 1 Ugody nie została naliczona PDM (i nie jest tym samym wymagalna), nie można mówić o spełnieniu którejkolwiek z przesłanek wykluczenia.

Wykonawcy, w świetle brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zobowiązani są do notyfikowania kar umownych, które są istotne z punktu widzenia realizowanego kontraktu i pełnią funkcję odszkodowawczą. Powyższe znajduje potwierdzenie w opinii Prezesa UZP, gdzie wprost wskazano, że: „...[...] nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W katalogu tym mieścić się będzie jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Określane w umowach kary – w zależności od sposobu ukształtowania postanowień umownych – mogą bowiem pełnić różne funkcje, nie tylko funkcję kompensacyjną. Warto jednak mieć na uwadze, że to

funkcja kompensacyjna (odszkodowawcza) jest uznawana za podstawową funkcję kary umownej, gdyż co do zasady kara ta stanowi surogat odszkodowania należnego z tytułu szkody spowodowanej naruszeniem zobowiązania niepieniężnego. Innymi słowy, sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania”.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Przystępującego, z perspektywy oceny czy poszczególne kary umowne nakładane na wykonawców mogą stanowić fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy kluczowe znaczenie ma ustalenie, czy dana konkretna kara umowna pełni funkcję odszkodowawczą (kompensacyjną) czy też nie. W konsekwencji, należy również wskazać, że w przypadku ustalenia, że dana kara umowna nie pełni funkcji kompensacyjnej (odszkodowawczej), spełniając tym samym inną rolę, to jej naliczenie w przyszłości w ogóle nie powinno być oceniane przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Niezależnie zaś od argumentów podniesionych powyżej, Przystępujący wskazał, że:

- (a) Inwestycja została zakończona w terminie – zgodnie ze sztuką i projektem;
- (b) Inwestycja od razu była użytkowana przez mieszkańców – użytkowanie to miało i ma charakter nieprzerwany i ciągły;
- (c) usterki dotyczyły jedynie krótkiego odcinka chodnika i stopnia odchyłek niektórych z kostek brukowych [różnice rzędu 1 - 2 mm wobec oczekiwań Zamawiającego, związane m.in. z wystąpieniem mrozów] – w pozostałym zakresie [np. drogi, miejsc parkingowych] żadne usterki nie wystąpiły;
- (d) nawet opinii techniczna zakładała pozostawienie różnic i dalszą obserwację – mimo tego jasnego wskazania, dokonano dogęszczenia;
- (e) rzekoma kara [naliczona] dotyczy zaś wyłącznie kwestii stymulacyjnej – czasu koniecznego do usunięcia usterek. Zasadniczo kara na tym etapie ma za zadanie zmobilizować wykonawcę do szybkiego usuwania wad i usterek. Wykonawca od razu przystąpił do usuwania tych usterek, jednak w ocenie zamawiającego mógł osiągnąć zamierzony rezultat wcześniej. Natomiast nie doszło ani do skorzystania z uprawnienia do obniżenia ceny ani do zastępczego wykonawstwa. Wreszcie – brak jest jakiegokolwiek szkody po stronie zamawiającego.

W świetle powyższych ustaleń, nie sposób przyjąć by względem Przystępującego spełniły się przesłanki wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 5 i 7 Pzp. Przede wszystkim, PDM wywiązał się z istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego (przedmiot zamówienia wykonano w terminie; przedmiot zamówienia pozbawiony był wad istotnych).

Odwołujący nie wykazał, aby w ramach realizowanego Kontraktu Bolesław doszło do nienależytego wykonania istotnej części zobowiązania, które przesądzać miałyby o aktualizacji okoliczności wpływających na spełnienie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a w dalszej kolejności również przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp (PDM nie naruszył obowiązków zawodowych, które podważałyby jego uczciwość – PDM wykonał prawidłowo Umowę).

Przystępujący zwrócił uwagę na brak konsekwencji Odwołującego w zakresie metodyki wypełniania oświadczenia JEDZ. Odwołujący domaga się notyfikowania przez Przystępującego w JEDZ informacji o karze nałożonej na niego (poprzez szczegółowe jej opisanie już w samym JEDZ), a jednocześnie Odwołujący sam nie udziela twierdzącej odpowiedzi na pytanie w JEDZ odnośnie potencjalnej kary umownej, która sygnalizowana była Odwołującemu na etapie jednego z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Całość stanowiska Odwołującego skupia się *de facto* na okoliczności „wytknięcia” Przystępującemu sposobu wypełnienia dokumentu JEDZ, który w subiektywnej opinii Odwołującego winien zawierać szczegóły związane z zawartą Ugodą. Subiektywnie narzucone przez Odwołującego na Przystępującego obowiązki w zakresie sposobu wypełniania JEDZ w żaden sposób nie znajdują tak daleko idącego odzwierciedlenia w dokumentach JEDZ, które złożone zostały przez Odwołującego. Podkreślić należy, że Odwołujący również pozostaje w sytuacji, w której ma wiedzę o tym, że zamawiający publiczny naliczy mu kary umowne w ramach realizowanej przez Odwołującego umowy w sprawie zamówienia publicznego (w toku realizacji umowy nr 172/243/3052/WFU/16/2020/2021 z dnia 9 kwietnia 2021 r. zawartej pomiędzy ww. wykonawcami, a zamawiającym – Województwem Podkarpackim – Podkarpackim Zarządem Dróg Wojewódzkich w ramach udzielonego zamówienia publicznego pn. *„Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 867 Sieniawa - Wola Mołodycka - Oleszyce - Lubaczów - Podemszczyzna - Werchrata - Hrebenne na odcinku od km ok. 38+313,00 do km ok. 45+621,43 wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury, budowli i urządzeń budowlanych*, numer referencyjny: PZDW/WZP/243/3052/WFU/16/2020). Odwołujący wprost bowiem wskazał w swoim dokumencie JEDZ, iż PZDW (Zamawiający) kierował do Odwołującego korespondencję, w której informował Odwołującego o możliwości naliczenia Odwołującemu kar umownych z tytułu braku zapewnienia ciągłości zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz ubezpieczenia CAR od ryzyk budowlanych – montażowych.

W ocenie Przystępującego, nie sposób przejść obojętnie wobec wniosków, jakie płyną z treści oświadczenia JEDZ samego Odwołującego. Zarówno bowiem Odwołujący, jak i Przystępujący znaleźli się w sytuacji, w której w toku realizacji zamówienia publicznego miały miejsce określone problemy kontraktowe. W przypadku obu wykonawców naliczenie kary umownej jednak nie nastąpiło (względem żadnego z wykonawców kara umowna nie jest nałożona i

wymagalna). Względem obu wykonawców wydane zostały prawomocne rozstrzygnięcia, na kanwie których oceniane były okoliczności faktyczne potencjalnego naliczenia kary umownej – w treści wyroków rozstrzygnięto, iż wykonawcy nie podlegają wykluczeniu (i nie muszą notyfikować faktów z tych zadań w JEDZ).

Choć więc sam Odwołujący upatruje w oświadczeniu JEDZ Przystępującego szeregu nieprawidłowości (które w istocie nie występują), to nie sposób nie dostrzec niekonsekwencji Odwołującego w narzucanych wymogach, a które nie są z takim samym naciskiem wdrażane przez samego Odwołującego. Z jednej bowiem strony Odwołujący oczekuje szczegółowych informacji od Przystępującego (i pomija zupełnie, że Przystępujący mimo wszystko udzielił twierdzącej odpowiedzi na pytanie JEDZ), z drugiej zaś, udziela przeczącej odpowiedzi na pytanie w dokumencie JEDZ.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy, skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przystępujący na podstawie art. 523 ust. 1 Pzp wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Przedmiotowe postępowanie obejmuje realizację zadania pn: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 865 na odcinku Oleszyce – Cieszanów”. W postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców.

W rozdziale I pkt VII SWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

„1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 109 ust 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10.

2. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również Wykonawcę, w stosunku do którego zachodzą okoliczności, o których mowa w:

- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r., poz. 835);

- art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie.

Zamawiający wskazuje, że w zakresie przesłanki wykluczenia, o której mowa w ppkt. 1) powyżej Wykonawca składa oświadczenie w Części III Sekcja D JEDZ „Podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym”.

Ponadto Zamawiający, w ramach weryfikacji przesłanek wykluczenia, o których mowa powyżej, zastrzega możliwość wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający będzie badał każdy taki przypadek indywidualnie.

Wykluczenie Wykonawcy następuje zgodnie z art. 111 Pzp

Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10. Pzp, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 Pzp

Zamawiający oceni, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 Pzp, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.”

Zamawiający przewidział zatem w dokumentach zamówienia przesłanki wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 109 ust 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10 Pzp.

Zgodnie z dokumentacją przetargową, w rozdziale II SWZ Zamawiający określił Formularz ofertowy wraz z załącznikami, przy czym załącznikiem nr 1 do oferty był dokument JEDZ. W zakresie przesłanek wykluczenia, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia oświadczenia w Części III Sekcja C dokumentu JEDZ „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”. Co więcej, Zamawiający wskazał, że w ramach weryfikacji przesłanek wykluczenia, o których mowa powyżej, zastrzega możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień..

Wykonawca PDM w dokumencie JEDZ złożonym w dniu 21 sierpnia 2023 r. w ofercie w Części III Podstawy wykluczenia w sekcji C, udzielił twierdzącej 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?” oraz złożył wyjaśnienia o treści: „[Wykonawca informuje, że w toku realizacji umowy zawartej 23 października 2020 r. z Zarządem Drogowym w Dąbrowie Tarnowskiej (nr 34/2020) obejmującej wykonanie zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej w miejscowości Bolesław w km 10+910 ÷

11+885, powiat dąbrowski” doszło do sytuacji, w której zamawiający skierował do wykonawcy notę księgową z informacją o naliczeniu kary umownej z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy. Wykonawca konsekwentnie podnosił, że kara ta jest naliczona niesłusznie i prowadzone były w tym zakresie rozmowy. Zamawiający przyznał rację wykonawcy, wycofując w całości twierdzenia o zasadności naliczonej kary umownej i potwierdzając, że należało i należy ją traktować jako niebyłą [od początku]. Na dzień składania niniejszego dokumentu żadna kara umowna związana z realizacją powyżej umowy nie została przez Zamawiającego naliczona [nie jest również w konsekwencji wymagalna]. Wykonawca nie jest zobowiązany do dokonania jakiegokolwiek płatności z tytułu kar umownych na rzecz zamawiającego, Wykonawcy nie została wystawiona i doręczona żadna nota księgową obejmująca obowiązek płatności jakiegokolwiek kary jednak – z najdalej idącej ostrożności – wykonawca zawiera niniejszą informację, deklarując, że w przypadku zmiany w tym zakresie – czego wykluczyć nie można - będzie notifykował Zamawiającego, pozostając gotowym do udzielenia dalej idących wyjaśnień. Wykonawca podkreśla, że powyższa informacja przedstawiana jest celu dochowania maksymalnej przejrzystości w relacji z zamawiającym. Wykonawca nie jest zobowiązany do wskazywania powyższej informacji w JEDZ, o czym przesądziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 sierpnia 2023 r. (sygn. akt KIO 2153/23)”.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp i w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp:

Izba uznała, że zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy oferta wykonawcy PDM nie podlega odrzuceniu, gdyż brak jest podstaw do uznania, że wystąpiły w stosunku do tego wykonawcy kumulatywnie wszystkie przesłanki wykluczenia, polegające na tym, że wykonawca PDM, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu oraz w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 865 na odcinku od m. Zapatów do m. Oleszyce (Etap II Zapatów-Lipiną” (numer ref. PZDW/WZP/3052/243/WI/11/2023) informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, w wyniku braku przedstawienia przez ww. wykonawcę (zatajenia) w Jednolitym Europejskim Dokumentie Zamówienia w odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, wszystkich informacji wynikających z Ugody zawartej w dniu 27 lipca 2023 r. przez wykonawcę PDM z Powiatem Dąbrowskim dotyczącej umowy nr 34/2020 z dnia 23 października 2020 r. obejmującej wykonanie zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej w miejscowości Bolesław w km 10+910 ÷ 11+ 885, powiat dąbrowski”, w której Powiat Dąbrowski zobowiązał się w ciągu 6 miesięcy od dnia zawarcia Ugody do naliczenia PDM kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w wysokości 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych), a wykonawca PDM zobowiązał się dokonać zapłaty ww. kary umownej.

Odwołujący podnosił, że wykonawca PDM w ww. wyjaśnieniach zawartych w JEDZ umieścił nieprawdziwą informację wobec treści Ugody zawartej w dniu 27 lipca 2023 r. przez PDM i Powiat Dąbrowski, w której Powiat Dąbrowski zobowiązał się w ciągu 6 miesięcy od dnia zawarcia Ugody do naliczenia PDM kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w wysokości 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych), zaś PDM zobowiązał się dokonać zapłaty ww. kary umownej, uznając w tym zakresie dług co do zasady i co do wysokości, z czego wywieść należy, iż zasadniczo PDM został obciążony karą umowną z tytułu nienależytego wykonania umowy na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław i zobowiązał się do jej zapłaty. Zatem, w ocenie Odwołującego, informacja podana przez PDM w JEDZ jest nieprawdziwa, gdyż jest informacją niepełną, bowiem PDM na dzień składania JEDZ w postępowaniu, tj. na dzień 21 sierpnia 2023 r., miał świadomość treści Ugody oraz postanowień dotyczących bezspornej kary umownej należnej od PDM na rzecz zamawiającego – Powiatu Dąbrowskiego.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek zawrzeć w JEDZ informacje, które mogą mieć znaczenie w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, w tym w zakresie przesłanek fakultatywnych, które Zamawiający uwzględnił w SWZ. Skoro jednak sposób sformułowania takich informacji przez wykonawcę nie został w żaden sposób określony lub doprecyzowany w ustawie Pzp, to wykonawca ma swobodę co do sposobu sformułowania podawanych informacji, istotnych z punktu widzenia treści pytania zawartego w JEDZ i w kontekście przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Podkreślić należy, że nie obowiązuje w tym zakresie żaden szablon, w związku z czym, sposób podania ww. informacji przez jednego wykonawcę może nie spełniać wymagań lub oczekiwań innych wykonawców, np. sformułowanych na kanwie postępowania odwoławczego.

Podkreślić należy, że w przedmiotowym postępowaniu w JEDZ Przystępujący potwierdził jednoznacznie, że znajdował się w sytuacji, w której kara umowna z tytułu nienależytego wykonania umowy została mu naliczona. Opisał

też sytuację, w której pierwotnie naliczona kara została anulowana oraz poinformował o możliwości naliczenia kolejnej kary umownej, której nie można wykluczyć. Z faktu, że powyższe informacje powinny być, w ocenie Odwołującego, bardziej szczegółowe, nie można, zdaniem Izby, wywodzić skutku w postaci przypisania ww. wykonawcy zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do okoliczności istotnych w postępowaniu z punktu widzenia decyzji podejmowanych przez Zamawiającego. Taki zamiar nie został przez Odwołującego wykazany. Jak wskazano powyżej wykonawca ma prawo sformułować informacje podawane w JEDZ indywidualnie, na swój sposób, ponieważ nie ma jednego wzorca w tym zakresie określonego w przepisach ustawy.

W ocenie Izby, dodatkowo należy wziąć pod uwagę, że treść ww. Ugody, której dotyczą zawarte w JEDZ informacje, była przedmiotem szczegółowych analiz w toku postępowania dowodowego w innym postępowaniu odwoławczym przez Krajową Izbą Odwoławczą, w którym uczestniczył Zamawiający jak i Przystępujący, tj. o sygn. akt KIO 2153/23 Treść ww. Ugody była szeroko omówiona również w wyroku Izby w powyższej sprawie. Zatem, Przystępujący mógł racjonalnie zakładać, że treść Ugody, o której mowa w JEDZ Przystępującego jest Zamawiającemu dobrze znana.

Uwzględniając powyższe okoliczności należy także stwierdzić, że Zamawiający, który powziąłby jakiegokolwiek dalsze wątpliwości w tej sprawie, miał możliwość oraz obowiązek wezwać wykonawcę PDM do złożenia bardziej szczegółowych wyjaśnień, aby uzyskać wszelkie dane potrzebne do oceny, czy zostały wypełnione przesłanki wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, w tym, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności zastosowania sankcji w postaci wykluczenia wobec danego wykonawcy, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności danej sprawy.

Izba wskazuje, że wykonawca nie jest zobowiązany do przeprowadzania samodzielnie procedury wyjaśniającej na etapie składania JEDZ. Nie sposób też zgodzić się z Odwołującym jakoby wykonawców obciążał obowiązek przedstawienia zamawiającemu informacji w stopniu szczegółowości określanym przez Odwołującego w odwołaniu. Dokument JEDZ przedkładany przez wykonawców wraz z ofertą ma umożliwić badanie przez zamawiającego przesłanek wykluczenia, nie oznacza to jednak, że musi zawierać określony katalog informacji, a zamawiający ma prawo wykluczyć wykonawcę bez zastosowania procedury wyjaśniającej.

Powyższe jest związane z charakterem dokumentu JEDZ - jak wynika z art. 59 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa klasyczna”): „*W chwili składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert instytucje zamawiające przyjmują jednolity europejski dokument zamówienia obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie (...)*” – który ma charakter wstępny, gdyż rolą JEDZ jest wstępne potwierdzenie okoliczności istotnych z perspektywy oczekiwań (warunki, przesłanki wykluczenia) zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że JEDZ te informacje zastępuje.

Zauważyć też należy, że warunkiem zaistnienia stanu błędu po stronie zamawiającego jest podanie przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, nieodpowiadających rzeczywistości. Słusznie zauważył Przystępujący, że pytanie JEDZ skonstruowane jest jako „pytanie o fakt”, a wypełniający JEDZ wykonawca oświadcza „TAK”, podając jednocześnie rozwinięcie. W niniejszej sprawie sposób wypełnienia przez wykonawcę PDM dokumentu JEDZ obiektywnie nie pozwala uznać, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Izba nie stwierdziła zatem, że wobec wykonawcy PDM wystąpiły podstawy wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Nie ma uzasadnienia przyjęcie, że z treści informacji umieszczonej w JEDZ przez ww. wykonawcę wynika, że PDM w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (celowe zatajenie informacji o ciężkiej karze umownej) wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje oraz który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wskazano powyżej, kluczowe jest w powyższym zakresie oświadczenie twierdzące wykonawcy, złożone w JEDZ w odpowiedzi na pytanie „czy wykonawca znajdował się w okolicznościach...”. Nie sposób uznać, że wykonawca PDM, odpowiadając twierdząco na powyższe pytanie, działał w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, podając w JEDZ określone informacje co do kar umownych związanych z Kontraktem Bolesław. Treść informacji zawartej w JEDZ, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie ogranicza się bowiem jedynie do informacji o karze umownej anulowanej na mocy zawartej Ugody. Wykonawca PDM przedstawił także informacje o karze umownej, która może być naliczona wykonawcy na mocy przedmiotowej Ugody.

Faktem jest także bezspornym, że do chwili składania przez wykonawcę PDM ww. informacji w JEDZ kara umowna na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław nie została naliczona. Powiat Dąbrowski nie skierował do ww. wykonawcy noty obciążeniowej. W tych okolicznościach Przystępujący nie ma obowiązku zapłaty tej kary, a Powiat Dąbrowski, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie ma możliwości podejmowania jakichkolwiek czynności windykacyjnych. W świetle zgromadzonego materiału dowodowego wykonawca PDM do momentu złożenia ww.

oświadczenia w JEDZ nie został zatem obciążony przez Powiat Dąbrowski karą umowną z tytułu nienależytego wykonania umowy na podstawie § 13 ust. 1 lit c) Kontraktu Bolesław. Informacja zawarta w JEDZ w tym zakresie nie jest niezgodna z rzeczywistością. Jak wynika bowiem z treści JEDZ, wykonawca PDM poinformował Zamawiającego o istnieniu kary umownej, która może być w każdej chwili naliczona na mocy Ugody. Dodatkowo, w świetle faktu, że Zamawiający dysponował treścią Ugody nie sposób uznać, że Zamawiający został wprowadzony w błąd.

Biorąc pod uwagę dany stan faktyczny, Izba stwierdziła, że Odwołujący w okolicznościach niniejszej sprawy nie wykazał faktu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez wykonawcę PDM, przy czym nie wykazał zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez wykonawcę ani rażącego niedbalstwa, jako przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp lub też niedbalstwa oraz lekkomyślności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Powyższe ustalenia i rozważania Izby należy odpowiednio odnieść do tożsamych zarzutów podniesionych w odwołaniu w stosunku do innego postępowania prowadzonego przez Zamawiającego pn. „Przebudowa/rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 865 na odcinku od m. Zapałów do m. Oleszyce (Etap II Zapałów-Lipin)” (numer referencyjny postępowania: PZDW/WZP/3052/243/WI/11/2023).

Nie potwierdził się, w ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PDM z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty PDM, pomimo iż wykonawca ten z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał Kontrakt Bolesław, co w konsekwencji doprowadziło do nałożenia na PDM i uznania przez PDM bezspornej kary umownej z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w wysokości 150.000,00 zł (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy złotych);

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia 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, o ile wskazał powyższe przesłanki wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp określa jako przesłanki, które muszą zaistnieć, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy na podstawie tego przepisu było możliwe, następujące okoliczności:

- wykonawca dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji;

- niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwale nienależyte wykonywanie musi być znaczące co do stopnia lub zakresu oraz dotyczyć istotnego zobowiązania umownego;

- niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź też długotrwale nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

- konsekwencją niewykonania, nienależytego wykonania bądź też długotrwałego nienależytego wykonywania umowy było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, brak jest wykazania przez Odwołującego okoliczności potwierdzających, że w niniejszej sprawie zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia wykonawcy PDM na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę PDM w dokumencie JEDZ zawierają informację dla Zamawiającego o okolicznościach dotyczących kary umownej w ramach Kontraktu Bolesław, która może być naliczona niezależnie od faktu anulowania kary uprzednio nałożonej na wykonawcę. Wykonawca PDM wykazał jednak, że przedmiot Kontraktu Bolesław został zrealizowany w umownym terminie, zgodnie z wpisem do dziennika budowy, czego Odwołujący nie kwestionował. Wykonawca PDM wykonał całość zamówienia w umownym terminie i za wykonaną pracę otrzymał całość należnego wynagrodzenia. Z ekspertyzy technicznej opracowanej przez Stowarzyszenie Inżynierów i Techników Komunikacji RP Oddział w Rzeszowie na zlecenie stron Kontraktu Bolesław, wynika, że w wykonanym przez wykonawcę PDM przedmiocie zamówienia nie stwierdzono jakichkolwiek wad istotnych, które mogłyby świadczyć o nienależytym wykonaniu umowy przez PDM.

Przesłanki wykluczenia z postępowania, uregulowane w art. 108 i 109 Pzp muszą być ściśle interpretowane, co implikuje zakaz dokonywania ich rozszerzającej wykładni. Nadto, przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wymaga dla jej zastosowania kumulatywnego zaistnienia kilku elementów - brak jednego z nich wyłącza możliwość uznania, że przesłanka wykluczenia została spełniona. Dodatkowo, wobec skutków wykluczenia to na zamawiającym leży ciężar dowodu - ciężar wykazania spełnienia wszystkich elementów przesłanki wykluczenia. Wykluczając wykonawcę, zamawiający musi wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie

wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależycie wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego 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 (dalej jako „dyrektywa 2014/24”), zgodnie z którym: „instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: g) 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”. Oznacza to, że przy wykładni art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie sposób abstrahować od konieczności dokonywania pro unijnej wykładni art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Ustawodawca unijny operuje pojęciami „znaczącego lub uporczywego niedociągnięcia” dotyczącego „istotnego wymogu”. Z tego też powodu każdorazowo należy ocenić, czy zarzucane zachowanie może być uznane choćby za znaczące lub uporczywe niedociągnięcie dotyczące istotnego wymogu. Nie sposób przy tym pomijać, że w motywie 101 dyrektywy wskazano, że „stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wkluczenie.”

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 3 października 2019 r., C-267/18, wskazał, że: „instytucja zamawiająca nie jest automatycznie związana oceną dokonaną w ramach wcześniejszego zamówienia publicznego przez inną instytucję zamawiającą, w szczególności, w celu umożliwienia jej zwrócenia szczególnej uwagi na zasadę proporcjonalności w chwili stosowania fakultatywnych podstaw wykluczenia (zob. podobnie wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r., Meca, C41/18, EU:C:2019:507, pkt 30, 32). Zasada ta wymaga bowiem, aby instytucja zamawiająca sama zbadała i oceniła stan faktyczny. (...) Do instytucji zamawiającej należy bowiem dokonanie własnej oceny zachowania wykonawcy, którego dotyczy rozwiązanie umowy w sprawie wcześniejszego zamówienia publicznego. W tym względzie instytucja ta musi zbadać z należytą starannością i bezstronnością na podstawie wszystkich istotnych elementów, w szczególności decyzji o rozwiązaniu umowy, z uwzględnieniem zasady proporcjonalności, czy ów wykonawca jest jej zdaniem odpowiedzialny za znaczące lub uporczywe niedociągnięcia popełnione przy wykonywaniu zobowiązania ciążącego na nim w ramach wspomnianego zamówienia, ponieważ rzezczone uchybienia mogą spowodować utratę zaufania do danego wykonawcy.”

W doktrynie wskazuje się, że każda instytucja zamawiająca w stanie faktycznym konkretnej sprawy ma swobodę oceny okoliczności, które mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a co za tym idzie - może samodzielnie decydować, czy w jej ocenie wykonawca jest rzetelny i wiarygodny. Uprawnienie to stanowi realizację zasady proporcjonalności, którą należy bezwzględnie stosować w chwili podejmowania decyzji o zastosowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia wykonawcy. Instytucje zamawiające w przypadku przesłanek fakultatywnego wykluczenia powinny bezwzględnie mieć na uwadze zasadę proporcjonalności, która oznacza w szczególności, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy instytucja taka uwzględni charakter popełnionych nieprawidłowości lub powtarzanie nieprawidłowości. Dopiero po szczegółowym rozpoznaniu wszystkich okoliczności podejmuje decyzję o wykluczeniu z postępowania (tak G.-B. A. w: G.-B. A. i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX 2023). Decyzja o wykluczeniu opierać się powinna na własnej ocenie zamawiającego m.in. ze względu na konieczność zastosowania zasady proporcjonalności i wzięcia pod uwagę ewentualnego drobnego charakteru popełnionych nieprawidłowości lub powtarzania drobnych nieprawidłowości. Zasadne wydaje się w tej sytuacji przyjęcie za wzorcowe zwrócenie się do wykonawcy o przedstawienie wyjaśnień co do stanu faktycznego sprawy (Małgorzata Stachowiak w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wolters Kluwer 2021).

W wyroku z dnia 12 maja 2017 r., sygn. KIO 741/17, dotyczącym art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z 2004 r., jednak zachowującym aktualność z uwagi na treść tego przepisu i jego ratio legis, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie jest wystarczające do zastosowania wykluczenia powołanie się na oświadczenie poprzedniego zamawiającego, który umowę rozwiązał. Na konieczność wykazania przez zamawiającego, że zaszły okoliczności uprawniające do wykluczenia, Izba

wskazywała m.in. w wyroku z dnia 19 października 2017 r., sygn. KIO 2095/17 oraz wyroku z dnia 26 marca 2018 r., sygn. KIO 454/18.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 czerwca 2021 r., sygn. KIO 1067/21 wskazała, że „w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisów art. 109 ust 1 pkt 5 lub pkt 7 ustawy Pzp zamawiający obowiązany jest do przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia ww. czynności i tym samym umożliwienia wykonawcy podjęcia obrony w postępowaniu odwoławczym”.

Należy też odwołać się do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 22/22, w którym wskazano, że „(...) nie każde też uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia, ale takie, które ma charakter kwalifikowany (podkr. wł). Muszą być to takie uchybienia, które zasadniczo zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji wymagana jest ich ocena, a także odniesienie się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. (...) Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego niezasługuje na aprobatę argumentacja skarżącego zmierzająca do uznania, iż sam fakt mających miejsce nieprawidłowości oraz odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przesądza o dopuszczalności zakwalifikowania tychże nieprawidłowości, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu.”

Dodatkowo należy zauważyć, że jeżeli Zamawiający, po przeanalizowaniu wszystkich okoliczności sprawy, uznałby, że w analizowanym przypadku wystąpiły wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, powinien był rozważyć, czy mimo to wykluczenie w konkretnym postępowaniu nie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne (art. 109 ust. 3 Pzp). W świetle art. 109 ust 1 pkt 7 Pzp niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwale nienależyte wykonywanie musi być znaczące co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych.

Zamawiający narusza art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz ust. 3 Pzp oraz art. 111 pkt 4 Pzp, przez brak dokonania bezstronnej i starannej analizy wszystkich okoliczności. Skoro zatem, w toku postępowania Zamawiający powziąłby informacje o potencjalnym zaistnieniu wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to powinien, celem zgromadzenia kompletnego materiału dowodowego oraz przeprowadzenia prawidłowej, pełnej, bezstronnej i rzetelnej analizy, wezwać wykonawcę do wyjaśnień w tym zakresie.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie zostało wykazane spełnienie się wszystkich przesłanek stanowiących podstawę wykluczenia opisaną w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przez Odwołującego ani przez Zamawiającego, który uwzględnił zarzuty odwołania.

Odwołujący nie wykazał także faktu, że zwłoka w usunięciu wad i usterek stanowi w znacznym stopniu niewykonanie zobowiązania umownego. Nie sposób jest uznać, że usunięcie wad i usterek po odbiorze przedmiotu zamówienia stanowiło główne świadczenie w ramach Kontraktu, co twierdził Odwołujący, a tym samym, że dotyczyło istotnego zobowiązania wynikającego z Kontraktu Bolesław. Przeczy temu treść Ekspertyzy przedłożonej przez Przystępującego, która została wykonana na zlecenie obu stron Kontraktu.

Odwołujący w odwołaniu nie wykazał (nie udowodnił), że wykonawca PDM w sposób zawiniony czy nienależyty wykonał istotną część zobowiązania wynikającą z Kontraktu Bolesław oraz, że w stosunku do wykonawcy PDM ziszczy się kumulatywnie przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W orzecnictwie sądów powszechnych wskazuje się, że: *„wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Musi zostać wykazane, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że powinno zostać wykazane, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto konieczne jest również, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. Treść art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczeni 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. Dlatego użyte w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp sformułowanie „w istotnym stopniu” należy odnosić zarówno do zakresu umowy, jak i do wykonania umowy ze znaczącym naruszeniem jej postanowień, np. do znaczących wad produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem”* (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31.05.2021 r., sygn. XXIII Zs 28/21).

Odwołujący nie wykazał, że ramach realizowanego Kontraktu Bolesław doszło do nienależytego wykonania istotnej części zobowiązania przez wykonawcę PDM, co przesądzać miałyby o spełnieniu przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp,

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy PDM ze względu na poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych, które podważyło uczciwość i rzetelność PDM

z uwagi na zwłokę w usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi za wady fizyczne lub gwarancji jakości w ramach Kontraktu Bolesław oraz zatajenie tej informacji przed Zamawiającym.

Zgodnie z 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.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp wdraża do prawa krajowego przepis art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy klasycznej, który umożliwia wykluczenie wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosowanych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które poddaje w wątpliwość jego uczciwość. (por. wyrok z dnia 19 czerwca 2019 r. w sprawie C-41/18 *Meca Srl przeciwko Comune di Napoli* ECLI:EU:C:2019:507, pkt 29 i 30).

Źródłem obowiązków zawodowych, o których mowa w tym przepisie może być m.in. umowa. Naruszenie obowiązków zawodowych musi być jednak zawinione i poważne, co oznacza, że zachowanie wykonawcy wykazywać musi zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo. Niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać za poważne naruszenie obowiązków zawodowych, jeśli wynika ono z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

W interpretacji pojęcia „obowiązków zawodowych”, pomocne jest orzeczenie TSUE z 13.12.2012 r., *Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A.* Pojęcie obowiązków zawodowych obejmuje uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które są stwierdzane przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym. Użycie sformułowania „poważne naruszenie” wskazuje na konieczność wykazania naruszenia, które ma większe znaczenie niż niedbałość w wykonywaniu obowiązków lub niska jakość ich wykonywania. W wyroku z dnia 13.12.2012 r., *Forposta S.A. i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A.* Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zajął stanowisko, wskazując, że „pojęcie «poważnego wykroczenia» należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.

W ocenie Izby, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w tej sprawie, że w odniesieniu do zachowania wykonawcy PDM w kontekście Kontraktu Bolesław uzasadniony jest zarzutami spowodowania uchybień w wykonaniu umowy lub też stosunkowo poważne niedbalstwo. Izba stwierdziła również, że zarzut „zatajenia przed Zamawiającym wszystkich okoliczności związanych z zawarciem przez PDM Ugody, tj. zatajenia okoliczności związanych z nienależytym wykonaniem przez tego wykonawcę Kontraktu Bolesław, co doprowadziło do kary umownej, na podstawie § 13 ust. 1 lit. c) tego Kontraktu, tj. kary umownej z tytułu zwłoki w usunięciu wad i usterek robót budowanych stanowiących przedmiot tego Kontraktu” również nie znajduje żadnego oparcia w materiale dowodowym tej sprawy.

Reasumując, Izba stwierdziła, że wykonawca PDM nie podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o przepisy art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, a w konsekwencji oferta wykonawcy PDM nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z §9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczącą: