Sygn. akt: KIO 3086/23

WYROK
z dnia 6 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Michał Pawłowski
Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 31 października 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 roku przez wykonawcę *Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie*
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – *Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich*
przy udziale wykonawcy *TRAKCJA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 3086/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę *Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie* i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę *Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie* tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……...
……

Sygn. akt: KIO 3086/23

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – *Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zamówienia publicznego: *„Budowa/rozbudowa dróg dojazdowych do drogi ekspresowej S-14 i poprawa komunikacji na osiedlach Złotno/Teofilów”*.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 048-142924 w dniu 8 marca 2023 roku.

W dniu 16 października 2023 roku Odwołujący działając podstawie na podstawie art. 513 pkt 1), art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie (dalej: „Odwołanie 3”) na zaniechania i czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu polegające na wyborze oferty Trakcja S.A. jako najkorzystniejszej w tym Postępowaniu pomimo, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona, albowiem Wykonawca ten podlega wykluczeniu. Zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Trakcja S.A., pomimo, że w stosunku do tego Wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia opisane szczegółowo w dalszej części Odwołania 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 pzp w zw. z art. 109 ust. 2 pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Trakcja S.A. i odrzucenia oferty tego Wykonawcy w sytuacji, w której Trakcja S.A. podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po Jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał:
   a. umowę o zamówienie publiczne z dnia 7 lutego 2019 r. dotyczącej zadania pn. *„Przebudowa torowiska tramwajowego w ciągu ul. Krakowskiej na odcinku od ul. Rollego do ul. Dietla wraz z przebudową istniejącego układu drogowego, chodników, ścieżek, towarzyszącej infrastruktury technicznej, węzła rozjazdów Krakowska-Dietla - Stradomska wraz z przebudową ul. Dietla na odcinku od ul. Bożego Ciała do ul. Augustiańskiej oraz z przebudową istniejącego mostu Piłsudskiego przez rzekę Wisłę”* („Umowa Krakowska”), zawartą w ramach konsorcjum z Comsa S.A.U. z Gminą Miasto Kraków – Zarząd Dróg Miejskich Krakowa („ZDMK”), co doprowadziło do naliczenia odszkodowania (kar umownych) w wysokości 29.670.902,89 zł z tytułu nieterminowej realizacji umowy (24.494.195,11 zł) oraz nieterminowych płatności lub ich braku na rzecz podwykonawców w ramach ww. umowy (5.176.710,78 zł), zredukowanych zgodnie z przewidzianym tą umową limitem kar umownych do kwoty 28.262.629,36 zł,
   b. umowę o zamówienie publiczne z dnia 12 października 2015 r., nr GDDKiA-O/BY-D-3-70-2014/I-4-2811-4/4-2014 dotyczącej inwestycji pn. *„Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 4 części: Część 4 - Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Szubin” (z węzłem) do węzła „Jaroszewo” (z węzłem) o długości około 19,3 km”* („Umowa S-5”) zawartą w ramach konsorcjum z Przedsiębiorstwem Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. z siedzibą w Zawierciu ze Skarbem Państwa – GDDKiA Oddział w Bydgoszczy (dalej „GDDKiA”), co doprowadziło do naliczenia odszkodowania (kary umownej) w wysokości 42.292.554,65 zł z tytułu przekroczenia umownego terminu ukończenia robót przewidzianych do wykonania w ramach Umowy S-5;
2) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 pzp i w zw. art. 109 ust. 2 pzp przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Trakcja S.A. i odrzucenia oferty tego Wykonawcy w sytuacji, w której Trakcja S.A. podlega wykluczeniu z Postępowania albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa Wykonawca przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd/zataił informacje dotyczące wystąpienia w stosunku do tego Wykonawcy okoliczności wskazanych w pkt 1 lit. a. i b. zarzutów, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowanie przez Zamawiającego, albowiem

dotyczyły okoliczności podlegających ocenie w ramach podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 pzp;

3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 pzp oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Trakcja S.A., a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż została złożona przez Wykonawcę, który podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 pzp, które w tym Postępowaniu związane były z faktem obciążenia tego Wykonawcy znacznymi karami umownymi w związku z nienależytą realizacją Umów Krakowska i S-5, które Wykonawca zataił przed Zamawiającym;

4)art. 16 pkt 1 i 2 pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Trakcja S.A. która podlega wykluczeniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Trakcję S.A., jako oferty najkorzystniejszej;
2)powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu;
3)wykluczenie Trakcja S.A. z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenie oferty tego Wykonawcy;
4)dokonanie wyboru oferty Strabag Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

Odwołujący wniósł również:

5)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do Odwołania 3 oraz przedstawionych na rozprawie;
6)zobowiązanie Trakcja S.A., w przypadku skutecznego przystąpienia przez tego Wykonawcę do niniejszego postępowania w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego, w trybie art. 536 pzp do przedstawienia:

a)odpisu pozwu ZDMK wraz z załącznikami, który został złożony w postępowaniu przeciwko Trakcja S.A. oraz Comsa S.A.U. toczącym się przed Sądem Okręgowym w Krakowie, Wydziałem IX Gospodarczym i zarejestrowanym pod sygn. IX GC 822/23,
b)odpisu złożonej przez Trakcja S.A. odpowiedzi na pozew, o którym mowa w lit. a. powyżej (wraz z załącznikami), o ile takowa została już wniesiona.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 pzp w złożeniu Odwołania 3. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim miejscu w rankingu złożonych ofert. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić jednak do odrzucenia oferty złożonej przez Trakcji S.A., sklasyfikowanej przed ofertą Odwołującego. W rezultacie oferta Odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na miejscu pierwszym. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i odrzucenia oferty Trakcja S.A., za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta Odwołującego. Wskutek naruszenia wskazanych przepisów pzp przez Zamawiającego, Odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia, pomimo że złożona przez niego oferta
nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym Postępowaniu.
Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że objęte Odwołaniem 3 czynności Zamawiającego prowadzą do poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

A. Informacje ogólne.

Zamawiający Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą: „*Budowa/rozbudowa dróg dojazdowych do drogi ekspresowej S-14 i poprawa komunikacji na osiedlach Złotno/Teofilów*”.

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

W zakresie podstaw wykluczenia, których dotyczą zarzuty niniejszego odwołania Zamawiający powtórzył w Rozdziale VI pkt 6 ppkt 7, 8 i 10 SWZ odpowiednie przepisy ustawy pzp, tj. art. 109 ust. 1 pkt 5), 7), 8) oraz 10) pzp. W niniejszym postępowaniu wykluczeniu podlega m. in. wykonawca:

„(…)

5) 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;

(…)

7) 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;

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

(…)

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (…)”.

W dniu 7 czerwca 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Trakcja S.A. jako najkorzystniejszej. Na tę czynność Strabag Sp. z o.o. złożył w dniu 19 czerwca 2023 r. odwołanie („**Odwołanie 1**”), podnosząc, że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona, albowiem Trakcja S.A. podlega wykluczeniu. W Odwołaniu 1 podniesiono zarzuty naruszenia przez Zamawiającego: art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 pzp, art. 109 ust. 2 pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) pzp oraz art. 16 pkt 1 i 2 pzp, wskazując, iż w stosunku do Wykonawcy została naliczona przez ZDMK kara umowną w

wysokości ponad 28 mln zł
z tytułu nieprawidłowej realizacji Umowy Krakowska, której Trakcja S.A. nie ujawniła
w dokumencie JEDZ złożonym w Postępowaniu, pomimo, że brak było podstaw
do pominięcia tej informacji Zamawiającemu. Nadto, w Odwołaniu 1 zarzucono Zamawiającemu również zaniechanie odrzucenia oferty Trakcja S.A., pomimo,
że w stosunku do tego Wykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia. Odwołanie 1 zostało zarejestrowane przez Izbę pod sygn. KIO 1757/23.
W dniu 26 czerwca 2023 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej Postępowania informację, iż na podstawie art. 16 i 17 pzp unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Trakcja S.A. i przystępuje do powtórzenia czynności badania i oceny ofert zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Następnie, w dniu 27 czerwca 2023 r. Zamawiający w postępowaniu o sygn. KIO 1757/23 złożył Odpowiedź na Odwołanie 1, w której oświadczył, że uwzględnił Odwołanie 1, dokonał w związku z tym unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty ponownie rozpoczynając procedurę badania i oceny ofert i w dalszej kolejności wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 2 pzp, o ile Trakcja S.A. nie złoży sprzeciwu.

Izba postanowieniem z dnia 3 lipca 2023 r. umorzyła postępowanie w sprawie o sygn. KIO 1757/23.

Ze względu na to, że Zamawiający pomimo uwzględniania zarzutów Odwołania 1 nie wykluczył Wykonawcy i nie odrzucił jego oferty ograniczając się jedynie do unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Trakcję S.A., jako oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w Postępowaniu, Odwołujący złożył w dniu 6 lipca 2023 r. kolejne odwołanie („**Odwołanie 2**"). Postępowanie zainicjowane Odwołaniem 2 zostało zarejestrowane pod sygn. KIO 1952/23. Zamawiający
w Odpowiedzi na Odwołanie 2 wskazał, że *„jest na etapie badania i oceny ofert, w czasie którego analizuje wyjaśnienia złożone przez TRAKCJA S.A., stanowiące odniesienie się
do zarzutów STRABAG Sp. z o.o., jak również zasadność zastrzeżenia części informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z uwagi na obszerność i wagę w/w wyjaśnień oraz konieczność przeanalizowania złożonych dokumentów Zamawiający nie ustalił jeszcze rankingu ofert oraz nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym również nie ustalił, czy którakolwiek z ofert zostanie odrzucona*" (Zob. odpowiedź Zamawiającego z dnia 18.07.2023 r. na Odwołanie 2 w aktach Postępowania i sprawy KIO 1952/23). W związku
z treścią udzielonej przez Zamawiającego Odpowiedzi na Odwołanie 2 Odwołujący cofnął je, a postępowanie w sprawie o sygn. KIO 1952/23 zostało umorzone.
W następstwie unieważnienia w dniu 26 czerwca 2023 r. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający:

• zwrócił się do Trakcja S.A. o złożenie wyjaśnień w zakresie naliczonych temu Wykonawcy kar umownych, które Wykonawca złożył w piśmie z dnia 4 lipca 2023 r.;
• zlecił Wydziałowi Prawnemu sporządzenie opinii prawnej celem ustalenia, czy udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia są wystarczające do stwierdzenia, że nie podlega on wykluczeniu z Postępowania w oparciu o podstawy wskazane w zarzutach Odwołania 1. Opinia prawna została sporządzona w dniu 3 sierpnia 2023 r. (dalej „Opinia prawna ZIM");
• zwrócił się w następstwie otrzymanej opinii prawnej do GDDKiA oraz ZDMK o dodatkowe informacje na potrzeby ustalenia ziszczenia się podstaw do wykluczenia Wykonawcy, które otrzymał odpowiednio w dniach 8 września 2023 r. (GDDKiA) i 15 września 2023 r. (ZDMK).

W dniu 5 października 2023 r. Zamawiający poinformował, że w wyniku ponownego badania i oceny ofert wybrał ofertę Trakcja S.A. jako najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w dokumentach zamówienia, zaś ww. Wykonawca nie podlega wykluczeniu z Postępowania.

B. Kara umowna naliczona w ramach Umowy Krakowska.

W ramach Umowy Krakowska ZDMK naliczyło Wykonawcy kary umowne w wysokości 24.494.195,11 zł za zwłokę w zakończeniu robót budowlanych, która wynosić miała 130 dni w stosunku do terminu przewidzianego Umową. Kara umowna w tym przypadku obejmuje okres od dnia 1 października 2020 r. do dnia 8 lutego 2021 r. i stanowi 25,96%

wynagrodzenia umownego Wykonawcy przewidzianego w § 8 ust. 1 Umowy Krakowska z uwzględnieniem zmian dokonanych zawartymi do niej Aneksami nr 1 – 4 (finalna kwota wynagrodzenia wynosiła 94.389.368,36 zł brutto).

Niezależnie od kary umownej związanej z dotrzymaniem terminu realizacji robót budowlanych, Wykonawcy zostały w ramach Umowy Krakowska naliczone również dwie kary umowne związane z brakiem dochowania obowiązków płatniczych w stosunku do podwykonawców:

• Kara umowna w wysokości 2.821.500,00 zł z tytułu nieterminowych płatności wynagrodzenia należnego podwykonawcom, gdzie łączna ilość dni zwłoki w stosunku do wszystkich podwykonawców wynieść miała 5.643 dni;

• Kara umowna w wysokości 2.355.210,78 zł z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom.

Suma ww. kar wynosi 29.670.902,89 zł, lecz ze względu na przewidziany w § 13 ust. 4 Umowy Krakowska limit kar umownych, została zredukowana do kwoty 28.262.529,36 zł i ujęta w nocie księgowej nr ZDMK/FK/20/K/2021 z dnia 14 maja 2021 r.

Dowód:

Nota księgowa nr ZDMK/FK/20/K/2021wraz z załącznikiem (załącznik nr 5 do Odwołania 3)

W piśmie z dnia 4 lipca 2023 r. (nb. 22 i nast.) Wykonawca wskazał, że naliczone mu przez ZDMK kary umowne są bezzasadne. Zakwestionował, aby pozostawał w zwłoce z wykonaniem robót budowlanych w ramach wspomnianej Umowy, twierdząc że roboty te miał zakończyć w terminie umownym (tj. do dnia 7 września 2020 r.), a konkretnie w dniu 2 września 2020 r., co znajduje rzekomo odzwierciedlenie w dzienniku budowy. Co więcej, Wykonawca stwierdził, że fakt terminowego zakończenia robót budowlanych miał zostać potwierdzony również przez ZDMK, czego dowodem ma być protokół odbioru końcowego z dnia 15 lutego 2021 r., którego data sporządzenia podyktowana jest przedłużającą się procedurą odbiorową za co winę ponosi ZDMK.

Jeśli chodzi zaś o kary umowne związane z terminowością i brakiem zapłaty przez Trakcja S.A. wynagrodzenia należnego podwykonawcom, Wykonawca wskazał, że wspomniane wynagrodzenia zostały uregulowane i dysponuje w tym względzie stosownymi oświadczeniami wykonawców, a ewentualne zatory płatnicze wynikały z rzekomej zwłoki w realizowaniu na jego rzecz płatności przez ZDMK.

W dalszej części pisma z dnia 4 lipca 2023 r. Trakcja S.A. wskazywała, iż naliczone przez ZDMK mają charakter sporny i były przedmiotem postępowania mediacyjnego, a w przyszłości mają stanowić przedmiot powództwa do sądu powszechnego, które wytoczyć ma Wykonawca wobec Zamawiającego. W tym miejscu warto dodać, iż przed Sądem Okręgowym w Krakowie już toczy się postępowanie sądowe z powództwa ZDMK o zapłatę pozostałej części kar umownych, które nie zostały potrącone z roszczeniem Wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia, o czym ZDMK poinformował Zamawiającego pismem z dnia 15 września 2023 r. Wedle ustaleń Odwołującego wspomniane postępowanie zostało zarejestrowane pod sygn. IX GC 822/23 i nie wydano do tej pory orzeczenia kończącego. Okoliczność, iż Wykonawca nie uznał naliczonych przez ZDMK kar umownych i są one przedmiotem sporu sądowego w żadnej mierze nie oznacza, że nie doszło do nienależytego wykonania istotnego zobowiązania przewidzianego Umową wskutek czego Wykonawca nie może zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Przyjęcie stanowiska, że wystąpienie sporu co do nienależytego wykonania zamówienia uniemożliwia wykluczenie na ww. podstawie, oznaczałoby, że ww. przepis w praktyce nie byłby możliwy do stosowania (Zob. J. Jarnicka [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Wyd. 5, 2023 r., teza nr G.15 do art. 109).

C. Kara umowna w związku z zawinionym przekroczeniem przez Wykonawcę Czasu na Ukończenie Umowy S-5.

W piśmie z dnia 4 lipca 2023 r. (które należy podkreślić, iż zostało złożone na skutek zarzutów Odwołania 1 i zgłoszonych przez Odwołującego wątpliwości odnośnie sytuacji podmiotowej Trakcja S.A.) Wykonawca uzasadniając to troską o maksymalną przejrzystość
i transparentność Postępowania przekazał informację o karze umownej naliczonej mu przez GDDKiA w związku z przekroczeniem Czasu na Ukończenie w realizacji Umowy S-5. Informacji o tej karze nie było w Dokumencie JEDZ. Kara umowna w tym przypadku opiewa na niebagatelną kwotę 42.292.554,65 zł obejmując okres zwłoki w wymiarze 526 dni tj. od dnia 25 marca 2020 r. do dnia 2 września 2021 r. Wykonawca odnosząc się
do ww. okresu podaje nieprecyzyjną informację odnośnie umownego terminu końcowego Czasu na Ukończenie, który przypada w jego ocenie na dzień 25 kwietnia 2020 r. Nie znajduje to jednak potwierdzenia w stanowisko GDDKiA, które w piśmie z dnia 8 września 2023 r. podaje, że termin umowny określony była na dzień 25 marca 2020 r.

Naliczona przez GDDKiA kara umowna stanowi prawie 15% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej netto, która zgodnie z udostępnionym przez Wykonawcę Poleceniem Zmiany nr 1 Cz. A wynosiła 286.155.940,00 zł.

Zgodnie z informacją zawartą na stronie internetowej Umowy S-5, jej realizacja miała nastąpić w ciągu 34 miesięcy od Daty Rozpoczęcia, przy czym jako Datę Rozpoczęcia Kontraktu wskazano 12 października 2015 r. (http://s5szubin-jaroszewo.pl/dane-ogolne [dostęp: 16.10.2023 r.]). Z informacji zawartych w piśmie Wykonawcy z dnia 4 lipca 2023 r. wynika, że Czas na Ukończenie Umowy S-5 ulegał w toku jej realizacji przedłużeniu na skutekzawartych aneksów. Odwołujący nie ma wglądu do tych aneksów, niemniej z Opinii prawnej ZIM wynika, że umowne przedłużenie Czasu na Ukończenie wyniosło 59 dni
(ok. 2 miesięcy) (5 Zob. str. 10 Opinii prawnej ZIM). 526 dni zwłoki Wykonawcy przy przyjęciu średnio 30 dni na 1 miesiąc odpowiada okresowi ponad 17,5 miesiąca (526/30). Poziom przekroczenia Czasu na Ukończenie przez Wykonawcę oznaczał tym samym zakończenie realizacji Umowy prawie 1,5 roku później niż planowano.
D. Stanowisko Trakcja S.A. w kwestii kar umownych naliczonych w związku z Umową Krakowska i Umową S-5 nie jest przekonujące i nie uzasadnia dalszego udziału tego Wykonawcy w Postępowaniu.

Lektura pisma Wykonawcy z dnia 4 lipca 2023 r. w kontekście finalnego stanowiska Zamawiającego, czego wyrazem był wybór oferty ww. Wykonawcy jako najkorzystniejszej, może nasuwać wniosek, iż argumentacja Trakcja S.A. jest trafna, a tym samym Wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 pzp. W ocenie Odwołującego taki wniosek jest jednak nieprawidłowy, a stanowisko Zamawiającego (wyrażone chociażby w protokole z Postępowania – pkt 20.1. protokołu), jakoby ów Wykonawca nie podlegał wykluczeniu, niekonsekwentne.

Odwołujący zwrócił uwagę, że analiza stanowiska Wykonawcy i przedłożonych na jego poparcie dokumentów wraz z pismem z dnia 4 lipca 2023 r. wzbudziła wątpliwości Wydziału Prawnego Zamawiającego. W Opinii prawnej ZIM wyraźnie wskazano, że „*same wyjaśnienia złożone przez Trakcja nie są wystarczające do stwierdzenia, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7) pzp.*” i „*trudno jest przyjąć, iż aktualnie powinien zostać dokonany ponowny wybór oferty tego Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej*”.
Rysunek 1 - fragmenty Opinii prawnej ZIM, str. 18 (w aktach Postępowania)

Zarówno w przypadku ZDMK, jak i GDDKiA w Opinii prawnej ZIM zarekomendowano wystąpienie do obu tych zamawiających z konkretnymi pytaniami umożliwiającymi ocenę, czy Wykonawca rzeczywiście nienależycie wykonywał te umowy i w konsekwencji zachodzą względem niego podstawy do wykluczenia (zob. str. 9 – 10 Opinii prawnej ZIM).
Dowód: Opinia prawna ZIM (w aktach Postępowania)

Wątpliwości Wydziału Prawnego Zamawiającego, jak i fakt, że zgodnie z wynikającą z Opinii prawnej ZIM rekomendacją zwrócił się do ZDMK i GDDKiA z wnioskami o udzielenie dodatkowych informacji związanych z naliczonymi karami umownymi dowodzą,
że stanowisko Trakcja S.A. nie było przekonujące dla Zamawiającego. Jeśli informacje
od ZDMK i GDDKiA miały przysłużyć się do usunięcia wątpliwości związanych
z wykluczeniem Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, to zdaniem Odwołującego mając na uwadze treść i stanowczość odpowiedzi obu Zamawiających powinny one skłonić co najwyżej do wykluczenia Wykonawcy.

ZDMK w piśmie z dnia 15 września 2023 r. jednoznacznie wskazało, że:

• zgłoszenie robót do odbioru, wbrew stanowisku Trakcja S.A., nie miało miejsca 2 września 2020 r., lecz nastąpiło zgłoszeniem w dniu 22 stycznia 2021 r., a jako termin zakończenia robót ZDMK uznał dzień 8 lutego 2021 r. (Powyższe przeczy tezie Wykonawcy jakoby ZDMK miało podzielić jego stanowisko o zakończeniu robót z dniem 2 września 2020 r.)

• Wykonawca pozostawał w zwłoce z wykonaniu Umowy Krakowska przez 130 dni;

• Dochodzi przed Sądem Okręgowym w Krakowie z tytułu naliczonych kar umownych kwoty 26.972.529,36 zł;

• Przekroczenie terminu realizacji Umowy miało miejsce z przyczyn leżących po stronie Trakcja S.A. i skutkowało to wystąpieniem szkód (przy czym szkoda materialna nie została jeszcze oszacowana).

GDDKiA w piśmie z dnia 8 września 2023 r. wskazała, że:

• Konsorcjum, w skład którego wchodziła Trakcja S.A., w umownym terminie określonym na dzień 25 marca 2020 r. nie ukończyło wszystkich robót na trasie głównej drogi ekspresowej S5, obiektach inżynierskich, drogach dojazdowych, obwodzie utrzymania drogi, oświetleniu drogi ekspresowej, odwodnieniu drogi ekspresowej, ekranach akustycznych;

• Wykonawca pozostawał w zwłoce z realizacją przedmiotu Umowy S-5 i w sprawie wystąpiły wszystkie okoliczności uzasadniające naliczenie kary umownej za przekroczenie Czasu na Ukończenie;

• Zwłoka Wykonawcy skutkowała szkodami społeczno-gospodarczymi.

Dowód:

Pismo ZDMK z dnia 15.09.2023 r. (w aktach Postępowania)

Pismo GDDKiA z dnia 08.09.2023 r. (w aktach Postępowania)

Po uzyskaniu stanowisk obu zamawiających, Zamawiający nie zwracał się do Wykonawcy o dodatkowe dokumenty, czy informacje, swoje dalsze działania w tym względzie ograniczając do wniosku o udostępnienie przez ZDMK odpisu pozwu złożonego przeciwko Wykonawcy, którego nie otrzymał. Biorąc pod uwagę początkowe wątpliwości Zamawiającego odnośnie trafności argumentacji Wykonawcy zawartej w piśmie z dnia 4 lipca 2023 r. i informacje uzyskane od ZDMK i GDDKiA przyjęcie przez Zamawiającego ostatecznego stanowiska, w którym dochodzi do przekonania, iż brak jest podstaw do wykluczenia Trakcja S.A. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp jest niekonsekwentne i nieuzasadnione. Pisma ZDMK i GDDKiA nie zawierały żadnych informacji, które miałyby przemawiać na korzyść Wykonawcy, co w ocenie Odwołującego poddaje pod wątpliwość prawidłowość wniosków poczynionych przez Zamawiającego i czyni jego ocenę dowolną.

E. Trakcja S.A. podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 pzp.

Zgromadzone w aktach Postępowania dokumenty i informacje w ocenie Odwołującego uzasadniają stanowisko, że w przypadku Umów Krakowska i S-5 Wykonawca dopuścił się nienależytego wykonania przedmiotu umowy, a naliczone w związku z tym kary umowne są zasadne. Przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 pzp w stosunku do Wykonawcy są spełnione.

W przypadku obu Umów Krakowska i S-5 mamy do czynienia ze znaczną w stosunku do każdej z tych inwestycji zwłoką w jej wykonaniu, co też stanowi swoje odzwierciedlenie w milionowych karach umownych. Skala przekroczenia terminów umownych i odpowiadające temu kary umowne nie mogą budzić wątpliwości co do konieczności sklasyfikowania takiej postaci nienależytego wykonania umowy – którego konsekwencją jest naliczona kara umowna, jako nienależyte wykonanie umowy w znacznym stopniu, w szczególności jako długotrwałe nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązku wykonania umowy w określonym terminie. Co do uznania, czy w zakresie obowiązków wykonawcy z umowy o roboty budowlane, obowiązek wykonania umowy w określonym terminie końcowym jest obowiązkiem istotnym to również nie powinno pozostawiać wątpliwości. W orzecznictwie na gruncie art. 109 ust 1 pkt 7 pzp zwraca się uwagę na konieczność po pierwsze wskazania jakiego zobowiązania w ramach wcześniejszej umowy nie wykonał wykonawca lub wykonał je nienależycie a następnie oceny czy miało ono charakter istotny (Zob. wyrok z 2 marca 2022 r. sygn. KIO 427/23). W obu Umowach mamy do czynienia z tożsamym zobowiązaniem, które Wykonawca nienależycie wykonał. Oprócz tego, w odniesieniu do Umowy KrakowskaWykonawca nienależycie realizował również swoje obowiązki związane z płatnościami na rzecz podwykonawców, na co szczególnie zwraca się uwagę w umowach realizowanych w reżimie zamówień publicznych ze względu na odpowiedzialność stron umowy o roboty budowlane wynikającą tak z pzp, jak i kc. Istotność naruszenia (nienależytego wykonania) obowiązku umownego w tym względzie należy oceniać z uwzględnieniem skali naliczonych kar umownych jeśli chodzi o poszczególne płatności, okres zwłoki w zapłacie, jak i liczbę podwykonawców względem których doszło do naruszenia obowiązków płatniczych.

Oba przypadki związane z niedochowaniem terminów zakończenia realizacji Umów należy poddać również ocenie w kontekście art. 109 ust 1 pkt 5 ustawy pzp, którego zakres stosowania wyjaśniła Izba w wyroku z 11 lipca 2022r. sygn. KIO 1606/22 Jak podkreśla się w doktrynie, polski ustawodawca doprecyzował w pzp pojęcie „*deliktu zawodowego*" podając jako jeden z przykładów wypełniających przesłankę wykluczenia ze względu na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych sytuację, w której wykonawca nie wykonał zamówienia lub wykonał je nienależycie w wyniku działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa (Tak W. Dzierżanowski i in. Prawo Zamówień publicznych. Komentarz. WKP 2021r.). W zakres poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wchodzi więc niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, którego źródłem jest umowa w sprawie zamówienia publicznego. W celu uznania, że zachodzi wskazana okoliczność uprawniająca do wykluczenia wykonawcy, należy wykazać łącznie, że:

• wykonawca nie wykonał zamówienia – a więc umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o zamówienie publiczne – lub wykonał je nienależycie;

• niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest wynikiem działania zamierzonego (wina umyślna) lub działania dotkniętego rażącym niedbalstwem. Niedbalstwo polega na niedołożeniu wymaganej w stosunkach danego rodzaju staranności niezbędnej do uniknięcia skutku, którego sprawca nie chciał wywołać. W zamówieniach publicznych mamy do czynienia z obrotem profesjonalnym, stąd też wymagana jest staranność uwzględniająca zawodowy charakter działania wykonawcy. Przy ocenie, czy wykonawca dopuścił się niedbalstwa rażącego, należy wziąć pod uwagę zarówno profesjonalny charakter wykonywanych przez niego czynności oraz rodzaj stosunków łączących strony, jak i konkretne okoliczności. W ocenie

Odwołującego zwłoka w całości zadania wynosząca
w przypadku Umowy Krakowska 130 dni, zaś w przypadku Umowy S-5 526 dni, a wiec przekroczenie terminu wykonania z powodu okoliczności za które Wykonawca ponosił odpowiedzialność stanowi co najmniej o rażącym niedbalstwie Wykonawcy, a tym samym o spełnieniu się przesłanek zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5 pzp.

F. Trakcja S.A. podlega wykluczeniu z Postępowania ze względu na art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp.

W ocenie Odwołującego Trakcja S.A. pismem z dnia 29 maja 2023 r. przekazała Zamawiającemu w odpowiedzi na jego wezwanie z dnia 18 maja 2023 r. informacje wprowadzające w błąd zatajając fakt naliczenia temu Wykonawcy kar umownych przez zamawiających publicznych w ramach Umowy Krakowska i Umowy S-5, które to kary dotyczyły nienależytego wykonania obu ww. umów poprzez m.in. niedotrzymanie terminu zakończenia ich realizacji (tzw. przekroczenia Czasu na Ukończenie). W szczególności mowa w tym względzie o zakresie informacji przekazanych Zamawiającemu w ramach Dokumentu JEDZ.

Bezspornym w tej sprawie pozostaje, iż Trakcja S.A. udzieliła odpowiedzi twierdzącej (TAK) na zawarte w Dokumencie JEDZ 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?”.*

Nie można jednak wyłącznie w oparciu o tak udzieloną odpowiedź (tj. zaznaczenie odpowiedzi „TAK”) twierdzić, iż Wykonawca poinformował Zamawiającego o okolicznościach istotnych dla oceny jego sytuacji podmiotowej w ramach Postępowania. Tego rodzaju stanowisko (przedstawione zresztą na str. 13 Opinii prawnej ZIM) byłoby wbrew zasadom logiki i pzp, gdyż:

• Wszelkie dalsze czynności Zamawiającego dotyczące wyjaśnienia sytuacji podmiotowej Trakcja S.A. i naliczonych temu Wykonawcy kar umownych dokonane byłyby wbrew przepisom pzp, gdyż de facto nie dotyczyłyby istotnych okoliczności dla oceny sytuacji Wykonawcy, skoro tą wyjaśniać miałoby już samo udzielenie odpowiedzi „TAK”. Formułując taki wniosek w Opinii prawnej ZIM Zamawiający zaprzeczył więc swoim dalszym czynnościom w postaci wezwania Trakcja S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 pzp, jak również wystąpienia o dodatkowe informacje do ZDMK oraz GDDKiA;
• Dalsza część formularza, w której wymaga się opisania sytuacji, do których referuje ww. pytanie pozbawiona byłaby jakiegokolwiek znaczenia, skoro wystarczającym byłoby jedynie udzielenie odpowiedzi „TAK”. Co więcej, oznaczałoby to, że część formularza przeznaczona na opis przypadków obciążenia odszkodowaniem/karami umownymi podlegałaby fakultatywnemu uzupełnieniu przez wykonawcę i możliwości wybiórczego prezentowania
w niej informacji dotyczących nałożonych nań odszkodowań, bądź innych porównywalnych sankcji.

Kwestia udzielenia odpowiedzi na pytanie dotyczące zdarzeń kontraktowych wskazanych
w art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp została transparentnie wyjaśniona w wyroku Izby z dnia 14 marca 2022 r., sygn. KIO 449/22.
Odwołujący podał, że udzielenie odpowiedzi „TAK/NIE” napytanie *„Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?*” jest ściśle powiązane z dalszym obowiązkiem opisu sytuacji odpowiadających kryteriom przewidzianym w tym pytaniu. Użycie w tym względzie sformułowania *„Proszę je opisać*” w ocenie Odwołującego wymagało opisania wszystkich takich sytuacji, gdzie na wykonawcę nałożono odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową
w sprawie zamówienia publicznego, lub która została rozwiązana przed czasem. Innymi słowy, treść pytania, jak i przewidziane formularzem JEDZ w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej polecenie *„Proszę je opisać*” nie dają podstaw ku temu,
aby wykonawca mógł wybiórczo przedstawić jedynie te przypadki, które w jego ocenie warte są uwagi, tudzież naliczone w ramach tych sytuacji kary umowne miałyby być jego przekonaniu zasadne. Taka sytuacja możliwa byłaby wówczas gdyby zamiast zwrotu *„Proszę je opisać*” Zamawiający w dokumencie JEDZ zawarł polecenie *„Podaj przykład*”, *„Wymień najważniejsze*” lub inne równoważne. Jednocześnie zwrot ***„Proszę je opisać***” referując do wcześniej udzielonej

odpowiedzi twierdzącej na omawiane pytanie powoduje, że nie można rozszerzyć treści oświadczenia wyrażonego słowem „TAK” ponad opisane
w ramach rozwinięcia tej odpowiedzi przypadki niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Cel opisania przez wykonawcę sytuacji, które odpowiadają okolicznościom wskazanym w pytaniu jest prosty - jest nim umożliwienie Zamawiającemu dokonania indywidualnej oceny każdego takiego przypadku opisanego w JEDZ właśnie z celu zweryfikowania, czy są to przypadki o których mowa przesłance wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 czy 7 pzp. Formularz JEDZ w jednoznaczny sposób nakłada na wykonawcę obowiązek podania informacji o okolicznościach objętych fakultatywnymi przesłankami wykluczenia
po to, aby Zamawiający mógł dokonać ich indywidulanej oceny (Zob. wyrok KIO z 5 września 2022r. sygn. KIO 2214/22). Wszak nie ulega wątpliwości, iż oceny spełnienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp dokonuje zamawiający, a nie wykonawca (Zob. np. wyrok KIO z dnia 2 lutego 2023 r., sygn. KIO 171/23.) Wykonawca wypełniając dokument JEDZ w ww. zakresie nie jest więc uprawniony w sytuacji naliczenia mu przykładowo 10 kar umownych z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu umowy dotyczącej zamówienia publicznego do wyboru i opisania jedynie połowy z nich. Decydując się na udzielenie w dokumencie JEDZ odpowiedzi „TAK” i opisania sytuacji referujących
do treści zadanego pytania i wskazując przy tym okoliczności dotyczące obciążenia
m.in. karami umownymi w związku z nienależytym wykonaniem umów o zamówienie publiczne, nie ma możliwości udzielenia częściowej informacji.

Zarówno w przypadku Umowy Krakowska, jak i Umowy S-5 kary umowne związane
są nienależytym wykonaniem istotnych obowiązków umownych, jakimi były terminowa realizacja przedmiotu umowy. Obie omawiane kary naliczone Wykonawcy w związku
z przekroczeniem terminów realizacji dotyczą znacznych okresów zwłoki. Jak
już wspomniano w poprzednich fragmentach Odwołania 3, w przypadku umowy z ZDMK jest to zwłoka w wymiarze 130 dni (od 1 października 2010 r. do 8 lutego 2021 r.),
zaś w przypadku Umowy S-5 to 526 dni (od 25 marca 2020 r. do 2 września 2021 r). Fakt,
iż Wykonawca kwestionuje zasadność kar umownych nałożonych na niego w ramach Umowy Krakowska i Umowy S-5, dąży do ich eliminacji lub zmniejszenia, a obowiązek
ich zapłaty jest przedmiotem postępowań sądowych/polubownych nie stanowią żadnego argumentu za odstąpieniem od podania w Dokumencie JEDZ. Na moment oceny spełniania przez Trakcja S.A. warunków udziału w Postępowaniu możliwość uchylenia/eliminacji
kar umownych w przypadku obu Umów ma charakter przyszły i niepewny.

Nie sposób uznać w świetle zasad doświadczenia życiowego – w ocenie Odwołującego – praktyki rynku zamówień publicznych (na którym Trakcja S.A. działa od wielu lat), ale przede wszystkim katalogu kar umownych, które Wykonawca zdecydował się ujawnić
w Dokumencie JEDZ (wśród których są nie tylko kary ugodzone, lecz również sporne),
aby brak wzmianki o karach naliczonych przez ZDMK i GDDKiA był wynikiem omyłki,
czy błędnej interpretacji, tym bardziej, że w realiach niniejszej sprawy mamy do czynienia
z podwyższonym miernikiem staranności (art. 355 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp). Miernik ten nakłada na podmioty będące profesjonalistami obowiązek rzetelnego i skrupulatnego przygotowania ofert przetargowych, w których deklarowany stan rzeczy będzie odpowiadać rzeczywistości (Zob. A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P.Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 109). Informacje podawane w Postępowaniu składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ warunki udziału
w Postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane przez pryzmat staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 8 ust. 1 pzp, mają zastosowanie przepisy kc.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 r. sygn. akt V CK 311/02 wskazał, że *„wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie,*
a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość) powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.” Jak wskazuje się
w orzecznictwie Izby, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości
i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego zatajenie przez Trakcja S.A. w dokumencie JEDZ informacji o nałożeniu kar umownych o łącznym wymiarze kilkudziesięciu milionów złotych w związku z nieterminową realizacją Umów Krakowska i S-5 jest wprowadzeniem Zamawiającego w błąd odnośnie dopuszczalności udziału w Postępowaniu tego Wykonawcy. Jest to okoliczność istotna z punktu widzenia decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu, albowiem dotyczy ustalonych przez niego w SWZ podstaw weryfikacji zdolności wykonawców do wykonania zamówienia.

Postawę Trakcja S.A. należy traktować jak przypadek rażącego niedbalstwa w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp. Decydując się na weryfikację rzetelności wykonawców poprzez ustalenie w SWZ przesłanek wykluczenia Zamawiający ma prawo dyskwalifikować tych
z nich, którzy nie dają gwarancji należytego wykonania zamówienia. Niezależnie od kwestii spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp, przedstawiona wyżej argumentacja uzasadnia również wykluczenie Trakcja S.A. z Postępowania i następnie odrzucenie oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp, który to przepis ma charakter samodzielny. Cytuje fragment wyroku Izby z dnia 14 marca 2022 r., sygn. KIO 449/22 . Kwestia spełnienia pierwszej z przesłanek przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp wymienionych w przytoczonym powyżej wyroku KIO została już omówiona w poprzednich fragmentach odwołania. W tym miejscu należy jedynie poprzestać na konstatacji, iż brak uwzględnienia przez Trakcja S.A. w dokumencie JEDZ informacji o naliczonych karach umownych przez ZDMK i GDDKiA czyn niezgodną z rzeczywistością odpowiedź udzieloną na pytanie o odszkodowania lub inne sankcje w związku wcześniej zawartymi umowami o udzielenie zamówienia publicznego. Co do drugiej z przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp, w doktrynie wyjaśnia się, że z lekkomyślnością mamy do czynienia, gdy wykonawca jest świadomy,
że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie. Niedbalstwo ma zaś miejsce wówczas, gdy wykonawca podaje nieprawdziwe informacje, nie zdając sobie z tego sprawy (Tak M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022 teza nr 14 do art. 109).Postępowanie Trakcja S.A. polegające na braku uwzględnienia informacji dotyczącej kar naliczonych przez ZDMK
i GDDKiA jawi się więc co najmniej, jako przejaw niedbalstwa wyrażający się w tym,
że ww. Wykonawca nie dołożył należytej staranności w przygotowaniu informacji, które następnie przekazał Zamawiającemu w ramach Dokumentu JEDZ. W odniesieniu do Trakcja S.A. i jej oferty spełniona jest również ostatnia z przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp.
Na gruncie ww. przepisu wykluczenie winno nastąpić już za podanie wprowadzających
w błąd informacji, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Świadczy o tym użycie sformułowania „*co mogło mieć wpływ*". W piśmiennictwie do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zalicza się informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy czy też odrzucenia jego oferty (Tak A. Gawrońska-Baran). Kwestia naliczonych wobec Trakcja S.A. kar umownych przez ZDMK i GDDKiA oraz nienależytego wykonania obowiązków umownych, z którymi te kary są powiązane rzutuje zaś na kwestię wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 pzp.

G. Przedstawienie przez Trakcja S.A. informacji dot. kar umownych naliczonych w związku z realizacją Umowy Krakowska i Umowy S-5 nie uzasadnia odstąpienia od wykluczenia tego Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 pzp.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 pzp z dnia 28 czerwca 2023 r. przedstawił w piśmie z dnia 4 lipca 2023 r. informacje dotyczące naliczonej mu przez ZDMK kary umownej przy okazji ujawniając fakt naliczenia mu kary umownej w wysokości ponad 42 mln zł w związku z realizacją Umowy S-5. Podjęcie takiej czynności przez Wykonawcę i w rezultacie powzięcie przez Zamawiającego na aktualnym etapie wiedzy
o karach związanych z Umowami Krakowska i S-5 nie oznaczają, że w stosunku do Trakcja S.A. nie zachodzą już podstawy do wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 pzp. Pisma Trakcja S.A. z dnia 4 lipca 2023 r. nie sposób kwalifikować (przynajmniej
w odniesieniu do kar naliczonych przez ZDMK i GDDKiA) jako wyjaśnień, o których mowa
w art. 128 ust. 4 pzp. W rzeczywistości Wykonawca uzupełnił oświadczenie dot. przesłanek wykluczenia z Postępowania o nowe informacje na skutek okoliczności, które ujawnił Odwołujący w Odwołaniu 1. Taka sytuacja nie jest objęta dyspozycją art. 128 ust. 4 pzp,
na co wskazano orzeczenie, które Izba wydała w sprawie KIO 449/22 Podania informacji wprowadzającej w błąd, czy też zatajenia informacji istotnej z perspektywy sytuacji podmiotowej danego wykonawcy nie można więc uzupełnić. Zaaprobowanie sytuacji,
w której wykonawcy pozwalałoby się w przypadku ujawnienia zatajenia przez niego określonej informacji (czy też wprowadzenia w błąd) na złożenie wyjaśnień w celu skorygowania swoich oświadczeń i stanowisk wypaczałoby istotę przepisów art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp. Co więcej, zachęcałoby wykonawców do podejmowania prób uchylenia się od ujawnienia „niewygodnych" dla nich informacji, gdyż w każdym takim przypadku mogliby liczyć na to, że w razie wykrycia takich informacji będą mogli się jeszcze „poprawić" składając w ostateczności dodatkowe wyjaśnienia, aby uniknąć wykluczenia. Idąc dalej należy wskazać, że o fakcie, iż w przypadku kar naliczonych w ramach Umowy Krakowska
i Umowy S-5 mamy do czynienia z nowymi i istotnymi informacjami z punktu widzenia decyzji Zamawiającego, nieznanymi na etapie złożenia przez Wykonawcę Dokumentu JEDZ świadczy również:

• przedstawienie przez Wykonawcę informacji o karach umownych dot. Umowy Krakowska i Umowy S-5 dopiero po ujawnieniu przez Odwołującego tych okoliczności w Odwołaniu 1;

• poddanie przekazanych przez Wykonawcę informacji dot. obu ww. Umów analizie merytorycznej wynikającej choćby z Opinii prawnej ZIM. Nota bene przedmiotowa opinia zawierała konkluzję, że informacje, które przekazał Wykonawca nie są wystarczające i konieczne jest uzyskanie dodatkowych informacji oraz stanowiska zamawiających będących stronami obu tych Umów tj. ZDMK oraz GDDKiA.

H. Wniosek o zobowiązanie Trakcja S.A. do złożenia dokumentów dot. sprawy IX GC 822/23.

Wniosek Odwołującego w trybie art. 536 pzp o zobowiązanie Wykonawcy (o ile skutecznie przystąpi po stronie Zamawiającego do tego postępowania) do złożenia wskazanych dokumentów z akt postępowania o sygn. IX GC 822/23 przed Sądem Okręgowym
w Krakowie podyktowany jest brakiem możliwości uzyskania dostępu do tych dokumentów przez Odwołującego, gdyż w odróżnieniu od Trakcja S.A. nie jest stroną ww. postępowania.

Wnioskowane dokumenty będą zaś miały istotne znaczenie choćby dla oceny spełnienia
w stosunku do Wykonawcy przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp i przysłużą się wydaniu końcowego rozstrzygnięcia w sprawie. Na potrzebę uzyskania tych dokumentów wskazuje zresztą również samo postępowanie Zamawiającego, który bezskutecznie zwracał się o odpis pozwu złożonego przeciwko Wykonawcy do ZDMK.Trakcja S.A. jako strona postępowania o sygn. IX GC 822/23 zapewne dysponuje odpisem pozwu wraz
z załącznikami, jak również odpowiedzią na ten pozew, o ile już ją wniosła.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku
w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji,
o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.
Do postępowania odwoławczego zgłosił skutecznie w dniu 19 października 2023 roku przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca *TRAKCJA spółka akcyjna z siedzibą*
w Warszawie (dalej: TRAKCJA).

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 30 października 2023 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie", gdzie Zamawiający wniósł
o oddalenie odwołania w całości. Do pisma załączono dokumenty, które zostały omówione w piśmie.

Do akt wpłynęło pismo *TRAKCJA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* z dnia
31 października 2023 roku „Pismo procesowe Przystępującego". Do pisma załączono dokumenty, Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumenty złączone do ww. pisma oraz wnioskowane w tym piśmie.
Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumenty złożone i wnioskowane
na rozprawie przez *TRAKCJA spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie* tj. wyciąg w Pozwu
o zapłatę i ustalenie z wnioskiem o zabezpieczenie.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi
art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605; dalej „ustawa") skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 5 października 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana
w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego
na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na posiedzeniu i rozprawie przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie zarzutu 1 naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 pzp w zw. z art. 109 ust. 2 pzp przez zaniechanie

wykluczenia z Postępowania Trakcja S.A. i odrzucenia oferty tego Wykonawcy w sytuacji, w której Trakcja S.A. podlega wykluczeniu z Postępowania
w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po Jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał:

a) umowę o zamówienie publiczne z dnia 7 lutego 2019 r. dotyczącej zadania pn. „*Przebudowa torowiska tramwajowego w ciągu ul. Krakowskiej na odcinku od ul. Rollego do ul. Dietla wraz z przebudową istniejącego układu drogowego, chodników, ścieżek, towarzyszącej infrastruktury technicznej, węzła rozjazdów Krakowska-Dietla - Stradomska wraz z przebudową ul. Dietla na odcinku od ul. Bożego Ciała do ul. Augustiańskiej oraz z przebudową istniejącego mostu Piłsudskiego przez rzekę Wisłę*" („Umowa Krakowska"), zawartą w ramach konsorcjum z Comsa S.A.U. z Gminą Miasto Kraków – Zarząd Dróg Miejskich Krakowa („ZDMK"), c doprowadziło do naliczenia odszkodowania (kar umownych) w wysokości 29.670.902,89 zł z tytułu nieterminowej realizacji umowy (24.494.195,11 zł) oraz nieterminowych płatności lub ich braku na rzecz podwykonawców w ramach ww. umowy (5.176.710,78 zł), zredukowanych zgodnie z przewidzianym tą umową limitem kar umownych do kwoty 28.262.629,36 zł,

b) umowę o zamówienie publiczne z dnia 12 października 2015 r., nr GDDKiA-O/BY-D-3-70-2014/I-4-2811-4/4-2014 dotyczącej inwestycji pn. „*Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku Nowe Marzy – Bydgoszcz - granica województwa kujawsko-pomorskiego i wielkopolskiego z podziałem na 4 części: Część 4 - Projekt i budowa drogi ekspresowej S-5 na odcinku od węzła „Szubin" (z węzłem) do węzła „Jaroszewo" (z węzłem) o długości około 19,3 km*" („Umowa S-5") zawartą w ramach konsorcjum z Przedsiębiorstwem Usług Technicznych Intercor Sp. z o. o. z siedzibą w Zawierciu ze Skarbem Państwa – GDDKiA Oddział w Bydgoszczy (dalej „GDDKiA"), c doprowadziło do naliczenia odszkodowania (kary umownej) w wysokości 42.292.554,65 zł z tytułu przekroczenia umownego terminu ukończenia robót przewidzianych do wykonania w ramach Umowy S-5;

- Izba zarzut ten uznała za niezasadny.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Na podstawie akt postępowania odwoławczego jak również w oparciu o pisma stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba ustaliła w zakresie tego zarzutu, że:

-Zamawiający pismem z dnia 28 czerwca 2023 r. (katalog 112 - Wezwanie Trakcja do wyjaśnień) wezwał Wykonawcę Trakcja na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących zarzutów zawartych w pierwszym odwołaniu (Odwołanie 1) wniesionym przez tegoż Odwołującego STRABAG Sp. z o.o., a dotyczących naliczenia przez ZDMK kar umownych związanych z realizacją umowy Krakowska oraz braku ujawnienia w JEDZ umowy o zamówienie publiczne,

-Wykonawca udzielił wyjaśnień pismo z dnia 4 lipca 2023 roku wraz z załącznikami (katalog 115 - Wyjaśnienia TRAKCJA).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r. Zarząd Inwestycji Miejskich wystąpił
do GDDKiA o/Byd na podstawie art. 128 ust. 5 pzp dotyczącym ustalenia tego, czy wykonawca TRAKCJA nie wykona istotnej części zobowiązania wynikającego z umowy S-8 oraz czy uchybienia realizacji wynikały z przyczyn lezących po stronie TRAKCJA.

Za pismem z dnia 8 września 2023 roku GDDKiA o/Byd przedstawiła informację
w odpowiedzi na pytania Zamawiającego, z którego wynikało, że umowę realizowało konsorcjum w skład którego wchodziła TRAKCJA, że wykonało zobowiązanie wynikające
z umowy, w tym uzyskało wymagane decyzje o pozwoleniu na użytkowanie, całość robót będących przedmiotem umowy została uznana za zasadniczo ukończoną na dzień 02.09.2021 r.(*Całość robót będących przedmiotem umowy została uznana za zasadniczo ukończoną na dzień 02.09.2021 r. pomijając stwierdzone Wady oraz drobne zaległe prace)*. Wystąpiły wady, które nie zostały zaliczone przez Inżyniera Kontraktu do wad istotnych. GDDKiA o/Byd naliczyła karę umowną w wysokości 42.292.554,65 zł za przekroczenie umownego terminu zakończenia robót z uwagi na przekroczenia terminu uzyskania
w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie *(…przekroczenia umownego terminu ukończenia robót tzw. Czasu na Ukończenie (CnU). Zgodnie
z Warunkami Kontraktu, Wykonawca w CnU zobowiązany był do ukończenia całości robót włączając w to m.in. uzyskanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego decyzji o pozwoleniu
na użytkowanie.)* Wykonawca uzyskiwał pozwolenia na użytkowanie oddzielnie dla każdego obiektu inżynierskiego, oddzielnie na trasę główną drogi ekspresowej: drogi dojazdowe, obwód utrzymania drogi - łącznie 32 decyzje, z czego 6 decyzji uzyskał w terminie wynikającym z umowy. Podano też, że toczy się postępowanie sądowe - *toczy się między stronami spór o zapłatę kary umownej. Niemniej jednak Sąd rozpatruje zgłoszone w pozwie roszczenia Wykonawcy o ukształtowanie przez Sąd treści umowy w tym zmianę (przedłużenie) Czasu na Ukończenie* -dotyczące przedłużenia czasu na ukończenie w liczbie 220 dni w związku z prowadzonymi ratowniczymi badaniami archeologicznymi i dodatkowej zapłaty wynikającej z tego przedłużenia. Umowny termin realizacji zamówienia określony był na 25.03.2020 r. *Termin 25.03.2020 r. uwzględnia wszystkie zawarte aneksy do umowy przedłużające CnU (aneksy terminowe). Ostatnie pozwolenie na użytkownie Wykonawca uzyskał w dniu 02.09.2021 r.*

Izba ustaliła, że pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r. Zarząd Inwestycji Miejskich wystąpił do ZDMK na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy dotyczącym ustalenia, czy Wykonawca TRAKCJA nie wykonał istotnej części zobowiązania wynikającego z realizacji umowy „Umowa Krakowska" oraz czy uchybienia realizacji wynikały z przyczyn lezących po stronie TRAKCJA.

ZDMK pismem z dnia 15 września 2023 roku udzielił odpowiedzi i wyjaśnił, że roboty budowlane zostały odebrane w dniu 15.02.2021 r. na podstawie zgłoszenia przez Wykonawcę z dnia 22.01.2021 r. Jako termin zakończenia robót budowalnych ZDMK przyjął dzień 08.02.2021 r. oraz naliczył karę umowną w wysokości 24.670.902,89 zł tytułem 130 dni zwłoki w wykonaniu umowy oraz naliczył karę umowną z tytułu braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom w kwocie 2.821.500 zł tytułem opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia podwykonawcom. Część kary ZDMK potrącił z wynagrodzenia Wykonawcy, zaś w zakresie części roszczeń w wysokości 26.972.529,36 zł został wniesiony pozew do Sądu Okręgowego w Krakowie. Toczące się postępowanie mediacyjne nie doprowadziło do zawarcia ugody przez strony. Podano że ZDMK nie szacował na dzień składania tej odpowiedzi dokładnej wysokości szkody materialnej ale szkody w interesie społecznym są wysokie w wyniku zwłoki wykonawcy. ZDMK podał, że *niedotrzymanie terminu realizacji umowy wynika z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.*

Zamawiający Zarząd Inwestycji Miejskich pismem z dnia 19 września 2023 r. zwrócił się

do ZDMK z dodatkowymi pytaniami dotyczącymi ustosunkowania się przez ZDMK
do okoliczności podnoszonych przez TRAKCJA S.A, że zgłoszenie robót budowlanych
do odbioru nastąpiło w dniu 02.09.2020 r. wraz prośbą o udzielenie odpowiedzi, czy po dniu 02.09.2020 r. TRAKCJA S.A. realizowała jakieś roboty budowlane oraz o przesłanie kopii protokołu odbioru końcowego z dnia 15.02.2021 r. oraz kopii pozwu złożonego do Sądu Okręgowego w Krakowie dotyczącego dochodzenia kar umownych, o którym ZDMK wspominał w treści pisma z dnia 15.09.2023 r.
W odpowiedzi pismem z dnia 29 września 2023 roku ZDMK podtrzymał swoje wcześniejsze
stanowisko, iż zgłoszenie robót budowlanych przez TRAKCJA nastąpiło w dniu 22.01.2021 r. zaś jako datę odbioru ZDMK przyjął dzień 8.02.2021 r. ZDMK oraz poinformował, że nie prześle skanu pozwu o zapłatę skierowanego przeciwko TRAKCJA S.A.
W ramach postępowania, w Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia z nart 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy (Rozdział VI SWZ).

Izba wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:
Art. 109 ustaw z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.; dalej: „ustawa") -
ust 1 - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:
(…)
5)
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;
(…)
7) 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;
Art. 109 ust. 2 ustawy –
Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Izba zważyła:

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

Regulacja powyższa stanowi efekt implementacji do polskiego styrmu zamówień publicznych postanowień 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 (detektywa klasyczna), który to przepis upoważnia Zamawiającego
do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Prawodawca unijny w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej zamieścił także wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia, wskazując, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy". Implementacja przepisów jakiej dokonał polski prawodawca do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy musi być odczytywana w zakresie regulacji zawartych w tym przepisie, oraz w żaden sposób nie może być interpretowana i wykładana rozszerzająco. Ugruntowanym jest w orzecznictwie Izby jak i sądów powszechnych jak również powtarzanym w doktrynie przedmiotu, że podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający. Jednobrzmiące znaczenie przepisów krajowych obowiązującej ustawy musi być odczytywane zgodnie z ich treścią i niedopuszczalna jest jakakolwiek wykładnia rozszerzająca. Wymaga podkreślenia, że przesłanki wykluczenia
z postępowania odwoławczego materializując się w odniesieniu do danego wykonawcy stanowią bardzo dotkliwe sankcje, które orzeczone mogą zostać jedynie w zakresie brzemienia obowiązującego przepisu prawa w okolicznościach w których spełnienie
tych przesłanek zostało jednoznacznie wykazane przez Odwołującego.

Wymaga podkreślenia i usystematyzowania w ocenie Izby, że dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy konieczne jest stwierdzenie kumulatywnego zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie.

Wykluczenie z postępowania na ww. podstawie prawnej jest dopuszczalne w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Tym samym aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania na wskazanej wyżej podstawie prawnej musi dojść do: 1) niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, 2) musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia, 3) przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy, 4) musi to doprowadzić do skutków w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.
W ramach podnoszenia zarzutów odwołania to po stronie Odwołującego niezmiennie pozostaje obowiązek wykazania, że doszło do spełnienia określonych przesłanek, a tym samym doszło do naruszenia przez Zamawiającego obowiązujących regulacji prawnych.
Co istotne w przypadku wykazania spełnienia zaistnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy niezbędne jest

wykazanie ich kumulatywnego spełnienia. Po stronie Odwołującego pozostaje ciężar dowodu w postępowaniu odwoławczym dowiedzenia, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej czynności oceny w ramach podnoszonych naruszeń prawa.
Uwzględniając powyższe ustalenia Izba wskazuje, że Odwołujący winien był uzasadniać podstawę wykluczenia w odniesieniu do każdej z podnoszonych jako uzasadniające wykluczenie umów tj. Umowa Krakowska oraz Umowa S-5 w ramach przesłanek
ze szczegółowym odniesieniem do tychże przesłanek.

W ocenie Izby zarówno w odniesieniu do Umowy Krakowska oraz Umowy S-5 Odwołujący nie wykazał zaistnienia kumulatywnie owych przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania opiera swoją argumentację w zasadzie na wysokości kary umownej jaka została określona przez każdego z inwestorów tj. ZDMK oraz GDDKiA o/Bydgoszczy jednocześnie zaznaczając, że te kary odzwierciedlają zwłokę w znacznym stopniu w zakresie wykonania terminowego inwestycji, a obowiązek wykonania inwestycji
w określonym terminie końcowym stanowi obowiązek istotny.
Izba zaznacza, że to po stronie Odwołującego pozostaje wykazanie przesłanek, a w tym zakresie niewątpliwie mieści się odniesienie do stanowisk prezentowanych przez inwestorów ZDMK oraz GDDKiA o/Bydgoszczy jak również stanowiska TRAKCJA prezentowanego
w piśmie z dnia 4 lipca 2023 roku. W ocenie Izby odniesienie się do tych stanowisk oraz uzasadnienie w ramach przesłanek wykluczenia podyktowane jest tym, że każdy z ww. podmiotów to strony określonego sporu powstałego na kanwie zawartych umów oraz realizacji inwestycji objętej daną umową. Odwołanie się tylko do stanowiska jednej ze stron sporu czyli ZDMK oraz GDDKiA o/Bydgoszcz przez polemikę z bardzo zwięzłymi pismami jakie skierowane zostały do Zamawiającego na jego wezwanie nie jest wystarczające, bowiem pomija Odwołujący szeroko prezentowaną argumentację TRAKCJA w złożonych wyjaśnieniach do Zamawiającego, a same pisma inwestorów również traktuje wybiórczo.
Dodatkowo należy również zaznaczyć, że pomiędzy ww. inwestorami a wykonawcą TRAKCJA (w konfiguracjach wynikających z zawartych umów z inwestorami, gdzie podmiot ten występuje wraz z innym podmiotem tj. „konsorcjum” w ramach umowy z GDDKiA o/Bydgoszcz) toczą się określone spory sądowe, a to uzasadnia fakt prezentacji określonych stanowisk przez te podmioty, w sposób uzasadniający ich racje co stanowi okoliczność zrozumiałą. Jednocześnie wdanie się w spory sądowe w żaden sposób nie uzasadnia przesłanek wykluczenia jakich zaistnienie nadal musi wykazać Odwołujący oraz nie powoduje, że Zamawiający może odstąpić od badania przesłanek wykluczenia. Tym samym niezbędnym jest w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odniesienie się w zakresie uzasadniania przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania do wszystkich okoliczności, a co najważniejsze istotnym jest uzasadnienie zaistnienia tych przesłanek mając ich jednoznaczne odczytanie oraz skutki jakie niesie ocena wykonawcy w zakresie ich spełnienia. Odnotowania wartym jest również, że Izba w postępowaniu odwoławczym dokonuje oceny czynności Zamawiającego w ramach podniesionych zarzutów odwołania. To oznacza, że oceniana jest czynność Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym z odniesieniem do czynności jakie w postępowaniu podjął Zamawiający i jakiej dokonał kwalifikacji prawnej na podstawie poczynionych ustaleń. Izba podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym nie jest oceniany spór jaki dzieje się gdzieś obok postępowania o zamówienie czy postępowania odwoławczego i dotyczy wzajemnych relacji dwóch podmiotów gospodarczych.
Podkreślenia wymaga, że to zawinienie wykonawcy – w tym wypadku TRAKCJA – oraz stopień tego zawinienia ma wpływ na ocenę zaistnienia przesłanek wykluczenia
z postępowania, w tym przesłanki znaczącego naruszenia zobowiązania. A to w konsekwencji wymaga od Odwołującego uzasadnienia i określenia okoliczności jakie potwierdzają spełnienie przesłanek wykluczenia w odniesieniu do podnoszonego naruszenia istotnego obowiązku związanego z terminem realizacji inwestycji powiązanego ze zwłoką w jej wykonaniu.
Odwołujący w przypadku zarówno Umowy Krakowska oraz w przypadku Umowy S-5 nie odnosi się do twierdzeń TRAKCJA zawartych w ujawnionym piśmie z dnia 4 lipca 2023 roku odnoszących się do stanowiska tego podmiotu co do powstałego na tle kontraktu Umowa Krakowska sporu w interpretacji przez strony umowy terminu wykonania robót jak również argumentacji odnoszącej się do Umowy S-5 i prezentowanego stanowiska
co do niemożliwości ukończenia robót w uzgodnionym Czasie na Ukończenie, które spowodowane było okolicznościami niezależnymi od TRAKCJI jak podnosi w wyjaśnieniach. Sam fakt naliczenia przez inwestora kar umownych może być dla danego Odwołującego sygnałem do przyjrzenia się tym okolicznościom, ale podnoszenie podstaw wykluczenia opartych na tym fakcie nie wypełnia obowiązku wywiedzenia przesłanek wykluczenia z postępowania, które są dość szeroko określone przez ustawodawcę. Odwołujący miał możliwość odniesienia się do stanowiska TRAKCJA zawartego w piśmie z dnia 4 lipca 2023 roku i wykazywania, że podnoszone w tym stanowisku okoliczności są niezasadne, niespójne, nielogiczne, nie dają się poddać ocenie w ramach zawartych umów, a tym samym nieuzasadniające stanowiska TRAKCJA. Nie uczynił tego, przemilczał treści określone tymi wyjaśnieniami. Jednocześnie w trakcie rozprawy podnosił argumentację referującą bezpośrednio do treści jakie były wskazywane przez TRAKCJA co w ocenie Izby potwierdza, że miał możliwość na wcześniejszym etapie, tj. konstruowania uzasadnienia do zarzutów odwołania, odniesienia się do tych argumentów jak również potwierdził tym samym, że w odpowiednim czasie tego nie uczynił. Rozbudowywanie argumentacji ponad uzasadnienie odwołania i odnoszenie się do pism, które co do treści nie były kwestionowane, na etapie rozprawy należy uznać za spóźnione. Termin na wniesienie odwołania stanowi termin zawity, a elementem ustawowo wymaganym w odwołaniu jest uzasadnienie zwięźle przedstawionych zarzutów odwołania. Tym samym skoro nie referował w swojej argumentacji Odwołujący szczegółow do pisma TRAKCJA z dnia 4 lipca 2023 roku oraz załączników do tego dokumentów, które zostały odtajnione przez Zamawiającego pismem z dnia 28 sierpnia 2023 roku (katalog 143 – Wyjaśnienia po odtajnieniu do udost; katalog 142 – Pismo ws odtajnienia części TP), to odwoływanie się do konkretnych treści z tych dokumentów na rozprawie należy uznać za argumentację zgłoszoną po terminie. Izba podkreśla, że w ramach uzasadnienia odwołania zawarte zostały informacje jedynie co do przedłużenia terminów realizacji i wskazane ilości dni, ale nie odniesiono tego do szczegółowych twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach z dnia 4 lipca 2023 roku przedstawionych przez TRAKCJA. Odwołujący odnosi się do tego, że analiza tego pisma spowodowała wątpliwości Wydziału Prawego Zamawiającego zawarte w Opinii ale nie przedstawia swojego stanowiska w tym zakresie.
W ocenie Izby pominiętym przez Odwołującego w wywiedzeniu swojego stanowiska jest wykazanie spełnia przesłanki co do tego, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy TRAKCJAZarówno w odniesieniu do kontraktu Umowa Krakowska jak również w odniesieniu do kontraktu Umowa S-5

brak jest jakiejkolwiek faktycznej argumentacji, świadczącej o tym, że Odwołujący stara się wykazać, że podnoszone okoliczności przedłużenia czasu realizacji ww. umów wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy tych umów tj. TRAKCJA (w konfiguracjach wynikających
z zawartych umów z inwestorami, gdzie TRAKCJA występuje wraz z innym podmiotem
tj. „konsorcjum" w ramach umowy z GDDKiA o/Bydgoszcz). Izba podkreśla, że to po stronie Odwołującego istnieje obowiązek wykazania spełnienia przesłanki określonej ustawowo co do przyczyn leżących po stronie wykonawcy, jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z oceną przesłanek dokonaną przez Zamawiającego. Fakt naliczenia kar umownych w ramach kontraktu Umowa Krakowska jak również w odniesieniu do kontraktu Umowa S-5 nie był sporny pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Jednakże Odwołujący nie wykazał, że naliczenie tych kar umownych było wynikiem nienależytego wykonania umowy wynikającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy TRAKCJA (w konfiguracjach wynikających z zawartych umów z inwestorami, gdzie TRAKCJA występuje wraz z innym podmiotem tj. „konsorcjum" w ramach umowy z GDDKiA o/Bydgoszcz). Izba nie twierdzi,
że naliczenie kar umownych nie może stanowić podstawy do zastosowania podnoszonej podstawy prawnej wykluczenia wykonawcy, jednakże niezbędne jest wykazanie pozostałych przesłanek uzasadniających takie wykluczenie z postępowania. Samo naliczenie kar umownych w wyniku przedłużenia realizacji kontraktu nie uzasadnia w żaden sposób tego, że doszło do nienależytego wykonania umowy w stopniu znacznym. Do stwierdzenia takich okoliczności w tym przyczyn leżących po stronie wykonawcy niezbędne jest przedstawienie argumentacji uzasadniającej spełnienie wszystkich przesłanek określonych art. 190 ust.1 pkt 7 ustawy, a niewykazanie chociażby jednej z nich skutkuje niezasadnością zarzutu.
W ocenie Izby nie stanowi również wykazania przesłanki nienależytego wykonania umowy wynikającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy samoistne odniesienie się do wielkości naliczonej kary umownej jak również czasu przedłużenia realizacji kontraktu. Dla skuteczności wykazania ww. przesłanki niewątpliwie wymagane jest wykazanie przyczyn tego stanu rzeczy leżących po stronie wykonawcy. Izba podkreśla, że nie ma w zakresie badania tej przesłanki żadnego automatyzmu polegającego na tym, że w przypadku jakiejś naliczonej kary umownej w przypadku przedłużenia czasu realizacji inwestycji dochodzi do automatycznego potwierdzenia tej przesłanki. Takie podejście, gdyby było ale go nie ma, należałoby uznać za absurdalne i wypaczające sens całego przepisu. Właśnie powiązanie wszystkich elementów, w tym wykazanie poszczególnych przesłanek w całości pozwala na dokonanie oceny danego wykonawcy w kategoriach podstaw wykluczenia. Każda ze spraw i każda z sytuacji każdego wykonawcy, w ramach każdego podnoszonego naruszenia musi być oceniana indywidualnie i szczegółowo, z odniesieniem do wszystkich elementów jakie są niezbędne i obligatoryjne do wykazania podstawy wykluczenia. Tu nie ma miejsca
na domysły i domniemania, które nie dają się uzasadnić oraz nie wpisują się w zasadzie „zero-jedynkową" ocenę spełnienia przesłanek w danym konkretnym przypadku.
Sam Zamawiający w piśmie procesowym wskazał, że czynności jakie przeprowadził
w ramach postępowania – a stanowiły szeroko poczynione działania z wykorzystaniem procedury z art. 128 ust. 4 i 5 ustawy – nie dały mu podstawy do uzasadnienia, że powstałe w ramach kontraktu Umowa Krakowska jak również w odniesieniu do kontraktu Umowa S-5 opóźnienia w realizacji tych umów powstały z przyczyn leżących po stronie TRAKCJA
(w konfiguracjach wynikających z zawartych umów z inwestorami, gdzie TRAKCJA występuje wraz z innym podmiotem tj. „konsorcjum" w ramach umowy z GDDKiA o/Bydgoszcz), więcej Zamawiający podał, że nie był w stanie na podstawie informacji z ZDKM i GDDKiA o/Bydgoszcz uzasadnić takiego stanowiska tj. tego, że opóźnienia powstały z przyczyn leżących po stronie tegoż wykonawcy. W stanowisku Odwołującego prezentowanym w uzasadnieniu odwołania jak również w trakcie rozprawy także brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia potwierdzającego, że przekroczenia terminów (zwłoka do jakiej referował) w realizacji kontraktu Umowa Krakowska jak również w odniesieniu do kontraktu Umowa S-5 nastąpiło z przyczyn leżących po stronie TRAKCJA. Izba podkreśla,
że Zamawiający szczegółowo w treści pisma procesowego (str. 8 – 11) odniósł się
do okoliczności na jakich oparł swoje stanowisko, a które były wynikiem przeprowadzonych procedur w trybie art. 128 ust. 4 i 5 ustawy. Jednocześnie w żaden sposób do tych okoliczności nie odnosił się w odwołaniu Odwołujący (co zostało zaznaczone również powyżej), nie polemizował z wyjaśnieniami TRAKCJA z dnia 4 lipca 2023 roku jak również nie wykazywał, że okoliczności przekroczenia terminów w realizacji kontraktu Umowa Krakowska jak również w odniesieniu do kontraktu Umowa S-5 nastąpiły z przyczyn leżących po stronie TRKCJA. Również rozbudowane stanowisko TRAKCJA zawarte w piśmie procesowym, a odnoszące się do uzasadnienia braku spełnienia przesłanek stanowiących o wykluczeniu z postępowania (str. 10-15) nie spotkało się z polemiką Odwołującego.
Izba zwraca również uwagę, że poza obowiązkiem wywiedzenia okoliczności podnoszonych w zarzucie odwołania a wynikającym z tego, że ciężar udowodnienia racji leży po stronie, która tak twierdzi to dodatkowo warto również odwołać się do podwyższonego miernika staranności (art. 355 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp), na który powołuje się Odwołujący także w uzasadnieniu kolejnego zarzutu odwołania. Postępowanie odwoławcze zostało w sposób jasny i całościowy określone w przepisach ustawy i aktu wykonawczego do ustawy,
a działania wykonawcy - odwołującego muszą, aby odwołanie można poddać ocenie, mieścić się w tych określonych ramach oraz odpowiadać wszystkim wymaganiom ustawowym. Sprostanie jasnym i przejrzystym regulacjom odnoszącym się do budowania zarzutów odwołania oraz uzasadnienia do tego odwołania także wymaga określonej staranności, którym podmioty profesjonalne działające na rynku zamówień publicznych winny sprostać budując określoną narrację w postępowaniu odwoławczym.
Na kanwie zamówień publicznych niezbędnym jest wykazanie spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy i do tego zobowiązany był Odwołujący kwestionując czynność Zamawiającego i zaniechanie wykluczenia TRAKACJA na tej podstawie. W ramach badania przesłanek wykluczenia niedopuszczalne jest posługiwanie się domniemaniem jakie wywodził w oparciu o z art. 476 w zw. z art. 471 Kodeksu cywilnego Odwołujący– Izba nie odnosi się do prawidłowości tej argumentacji – wskazując, że na moment złożenia JEDZ istniało domniemanie winy po stronie TRAKCJA, który nienależycie wykonał zobowiązanie i nie zostało ono obalone. Odwołujący podnosił również, że w jego ocenie, w obu umowach naliczone zostały kary umowne za zwłokę. W ramach rozpoznania zarzutów odwołania Izba bada wykazanie spełnienia przesłanek w treści jaka została określona przepisem ustawy Prawo zamówień publicznych. Regulacja z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy wymaga wykazania spełnienia przesłanek i nie dopuszcza w tym miejscu posługiwania się domniemaniami. Tak też wskazała Izba w orzeczeniu sygn. akt KIO 2076/23 podając, że podstawy wykluczenia z postępowania nie mogą być domniemywane. Jednoznacznie potwierdza to również regulacja z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy zgodnie z którym to przepisem, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający równocześnie informuje wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu także o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W obliczu przesłanek ustawowych niewystarczającym dla wykazania przyczyn leżących po stronie wykonawcy jest odwołanie się do domniemania jakie w ocenie Odwołującego istniało na dzień złożenia JEDZ. To na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, w obliczu wymagań art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, że okoliczności przekroczenia terminów w realizacji kontraktu Umowa Krakowska jak również w odniesieniu do kontraktu Umowa S-5 nastąpiły z przyczyn leżących po stronie TRAKCJA, w konsekwencji czego zostały naliczone kary umowne. Słusznie podnosił uczestnik postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy, że skoro Odwołujący swoje stanowisko opiera na dokumentach pochodzących od ZDMK oraz GDDKiA o/Bydgoszczy, to nie jest wystarczającym samo odwołanie się do treści tych dokumentów – które w ocenie Izby nie zawierają jednoznacznych informacji w przedmiocie tego, że przekroczenia terminów w realizacji kontraktu Umowa Krakowska jak również w odniesieniu do kontraktu Umowa S-5 nastąpiło z przyczyn leżących po stronie TRAKCJA, a naliczenie kar było zasadne – to obowiązany był to wykazać. Izba podziela pogląd, że za błędne należy uznać stanowisko Odwołującego, który twierdzi, że subiektywna ocena stanu świadomości co do faktów jest równoznaczna z wykazaniem tych faktów – za wyrokiem Izby (sygn. akt KIO 3310/20). Tożsamo problemowa sprawa co do zakresu dokumentów, które legły u podstaw oceny przesłanek wykluczenia, gdzie argumentacja również oparta była na pismach inwestorów, a dotycząca przeszłości kontraktowej TRAKCJA rozpoznawana była przez Izbę (sygn. akt KIO 3310/20) a następnie Sąd Okręgowy (sygn. ak XXIII Zs 28/21), w wyniku których to orzeczeń potwierdzone zostało, że dopóki w ramach przesłanek wykluczenia nie zostanie wykazane, że do odstąpienia od umowy pomiędzy wykonawcą a innym zamawiającym doszło z przyczyn lezących po stronie wykonawcy, a niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę miało charakter istotny – to nie można uznać, że doszło do wykazania wszystkich przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Choć orzeczenia ww. zostały wydane na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku w odniesieniu do art. 24 ust. 5 pkt 4, to w ramach oceny spełnienia ww. przesłanek zostaje w pełni aktualne również w obowiązującym obecnie stanie prawnym. Niezależnie od aktualności poglądów Izby wyrażonych w uprzednio obowiązującym stanie prawnym, to w ocenie Izby stanowi to również potwierdzenie zasadności prowadzonej argumentacji przez Izbę w tym postępowaniu odwoławczym.
Warto odnotować również, że samo istnienie sporu sądowego pomiędzy wykonawcą a inwestorem nie uzasadnia i nie daje podstawy do jednoznacznego przyjęcia, że naliczenie kar umownych nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Pozostawanie w sporze sądowym, w tym w zakresie ustalenia terminu, skutkuje tym, że stanowiska stron wyrażane w poszczególnych pismach mają określony walor subiektywny, wynikający z odmiennej oceny zaistniałych okoliczności i określonego stanu faktycznego.
W ramach zamówień publicznych istnieje określony ustawowo formalizm postępowania
i w tym formalizmie upatrywać należy gwarancji prawidłowego działania Zamawiającego
i prawidłowego działania wykonawców. Izba uznała za prawidłową czynność oceny
w zakresie kontraktu Umowa Krakowska jak również w odniesieniu do kontraktu Umowa S-5 w kontekście przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy i uznania przez Zamawiającego,
że przesłanka ta nie materializuje się w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem Odwołujący nie wykazał podniesionym odwołaniem, że przesłanki te zaistniały. Potwierdza to również Izba w orzeczeniu, które tak często było podnoszone przez Odwołującego jednoznacznie stwierdzając, że wykluczenie *będzie możliwe dopiero po stwierdzeniu przez zamawiającego zaistnienia wszystkich przesłanek podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p.* (wyrok sygn. akt KIO 449/22). Przy czym orzeczenie to w swojej warstwie merytorycznej odnosi się do innego stanu rzeczy i dotyczy zatajenia informacji w JEDZ w odniesieniu do okoliczności naliczenia kar umownych, a w konsekwencji możliwości oceny w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy.
W ramach podnoszonego naruszenia art. 109 ust. pkt 5 ustawy zgodnie z którym
to przepisem 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 Izba uznała, w tej części zarzut również za niezasadny.
Izba mając na uwadze całe powyżej przedstawione uzasadnienie w ramach rozpoznania zarzutu zaniechania wykluczenia TRAKCJA na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, które w tym miejscu przywołuje, wskazuje, że uzasadnienie odwołania w zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy sprowadza się do tego, że przekroczenie terminów na kontraktach Umowa Krakowska jak również w odniesieniu Umowa S-5 (zdaniem Odwołującego zwłoka odpowiedni 130 dni i 526 dni) stanowi przekroczenie terminów za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, co stanowi co najmniej o rażącym niedbalstwie.
Izba uznała, co podtrzymuje również w tym miejscu, że Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że aby przekroczenia terminów na realizacji kontraktu Umowa Krakowska jak również w odniesieniu do kontraktu Umowa S-5 wynikały z przyczyn leżących po stronie TRKCJA.
Regulacja ustawowa z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. c) Dyrektywy PE i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. W wyrokach z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 27), oraz z dnia 18 grudnia 2014 r., Generali- Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, pkt 35), Trybunał wyjaśnił, że pojęcie "wykroczenia zawodowego" obejmuje każde zawinione zachowanie, które ma wpływ na wiarygodność zawodową danego podmiotu gospodarczego, jego integralność lub niezawodność, oraz że popełnienie wykroczenia konkurencyjnego, w szczególności wówczas gdy owo wykroczenie zostało ukarane grzywną, stanowi powód wykluczenia objęty art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18. Zatem, pojęcie "poważne wykroczenie" należy rozumieć jako odnoszące się zazwyczaj do zachowania danego podmiotu gospodarczego, które wykazuje zawiniony zamiar lub zaniedbanie z jego strony
o określonej wadze (wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 30). W wyroku tym Trybunał wskazał również, że art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18 upoważnia instytucje zamawiające
do udowodnienia dowolnymi środkami wykroczenia zawodowego.
Fakultatywna podstawa wymieniona w przywołanym przepisie dyrektywy klasycznej – (H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, UZP, 2021) -
ma na celu umożliwienie instytucji zamawiającej ocenę 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 (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). Niewątpliwie naruszeniem obowiązków zawodowych może być naruszenie postanowień zawartej 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 stron. Wagę niedbalstwa należy odnosić zarówno do postawy danego wykonawcy, jak i obiektywnych skutków naruszenia oraz jego wpływu na utratę zaufania do danego wykonawcy (tak wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej SA, ECLI:EU:C:2012:801 pkt 30, 31).
Niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można co do zasady uznać
za poważne naruszenie obowiązków zawodowych (też z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej SA, ECLI:EU:C:2012:801 pkt 29). Wymaga podkreślenia, że polsk ustawodawca doprecyzował w tym zakresie uregulowanie dyrektywy klasycznej w duchu orzecznictwa TSUE, wskazując jako przykład zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Tym samym jakiekolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazywać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Stąd stwierdzenie istnienia zawinionego
i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny wcześniejszego zamówienia publicznego (tak wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej SA, ECLI:EU:C:2012:801 pkt 30, 31).

Izba podkreśla ponownie, że wykazanie podstaw wykluczenia z postępowania – mając jednocześnie na uwadze powyższą argumentację – musi być jednoznaczne i precyzyjne oraz nie może pozostawać w sferze domysłów, domniemań oraz uznaniowości.
W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że w ramach kontraktu Umowa Krakowska jak również w odniesieniu do kontraktu Umowa S-5 TRAKCJA nie wykonała lub nienależycie wykonała w sposób wynikający z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa ww. kontrakty. Ponownie wymaga podkreślenia, że to po stronie Odwołującego wymagana jest aktywność w dowiedzeniu okoliczności jakie podnosi. Sam fakt stwierdzenia, że taka okoliczność w ocenie Odwołującego nastąpiła nie jest wystarczający. Odwołujący ponownie założył, że to TRAKCJA ponosi odpowiedzialność za przekroczenie terminów realizacji ww. kontraktów, jednakże nie przedstawia w tym zakresie żadnego uzasadnienia faktycznego. Odwołujący również nie przedstawia żadnej argumentacji uzasadniającej określone ustawowo przesłanki tj. nie wykazuje zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy TRAKCJA, jak również nie odnosi się w żaden sposób do zawinionego, poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Izba podkreśla, że zarówno na starym stanie prawnym opartym na ustawie Prawo zamówień publicznych z 2004 roku (art. 24 ust. 2 pkt 5), jak i w obecnie obowiązującej ustawie niezbędne jest podnoszenie argumentacji uzasadniającej każdą z przesłanek zawartych w podstawach wykluczenia wykonawcy. Ponownie Odwołujący pomija również to, że w ramach regulacji ustawowej jednoznacznie podano, że Zamawiający uznając taką podstawę wykluczenia za zasadną musi być w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów. Skoro Odwołujący podnosi, że doszło
do naruszenia ustawy i zaniechania wykluczenia winien był wykazać w oparciu o jakie środki dowodowe poszczególne przesłanki zawarte w art. 109 ust. 1 pkt 5 Zamawiający miał możliwość wykazać, a co uzasadniałoby podstawę wykluczenie. Izba ponownie podkreśla, że w postepowaniu odwoławczym dokonywana jest ocena czynności Zamawiającego, skoro więc kwestionowana jest ona przez Odwołującego to argumentacja tego ostatniego powinna odnosić się do wszystkich elementów określonych w przepisie na kanwie którego budowany jest zarzut. W odwołaniu brak jest takiego stanowiska i brak jest takich informacji. Poza brakiem wykazania wszystkich przesłanek wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy, których spełnienie kumulatywne jest obligatoryjnie wymagane do wykazania zaistnienia podstawy wykluczenia, to również brak jest uzasadnienia i argumentacji
co do dowodów na jakich miałby być oparta ta argumentacja. Wymaga podkreślenia,
że w orzecznictwie Izby jak i sądów powszechnych naliczenie kar umownych nie jest z automatu traktowane jako uzasadnienie dla przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (np. sygn. akt XXIII Zs 22/22).

W zakresie zarzutu 2 – naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy i w zw. art. 109 ust. 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z Postępowania Trakcja S.A. i odrzucenia oferty tego Wykonawcy w sytuacji, w której Trakcja S.A. podlega wykluczeniu z Postępowania albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa Wykonawca przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd/zataił informacje dotyczące wystąpienia w stosunku do tego Wykonawcy okoliczności wskazanych w pkt 1 lit. a. i b. zarzutów, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowanie przez Zamawiającego, albowiem dotyczyły okoliczności podlegających ocenie w ramach podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Na podstawie akt postępowania odwoławczego jak również w oparciu o pisma stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba ustaliła w zakresie tego zarzutu, że:
W złożonych dokumencie JEDZ wykonawca TRAKCJA w część III sekcja c w brzmieniu: "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? Proszę podać odpowiedź" – zaznaczył „TAK"
W część „Proszę je opisać" podał
1. Umowa nr 170/2016/ZDW z dnia 15 września 2016 r. zawarta z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Krakowie, której przedmiotem jest realizacja zadania pn. „Obwodnica Zatora, Podolsza w ciągu DW nr 781 – zaprojektowanie i wykonanie robót budowanych". 2. Umowa nr 234/2016/ZDW z dnia 5 grudnia 2016 r. zawarta z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Krakowie, której przedmiotem jest „Rozbudowa DW 957 Krowiarki – Nowy Targ, zadanie 1 – opracowanie dokumentacji

projektowej i wykonanie robót". 3. Umowa Nr 186/I-4/2017 z dnia 23 października 2017 r. na realizację inwestycji pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 22 na odcinku Czarlin - Knybawa" zawarta ze Skarbem Państwa – Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad. 4. Umowa nr 576/106.WZP/18 z dnia 24 sierpnia 2018 r. zawarta z Województwem Wielkopolskim – Wielkopolskim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Poznaniu na realizację inwestycji pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 190 na odcinku od skrzyżowania z drogą wojewódzką nr 188 w miejscowości Krajenka do skrzyżowania z drogą krajową nr 10 – etap I w systemie zaprojektuj i wybuduj". 5. Umowa nr 745/136.WZP/18 z 10 października 2018 r. zawarta z Województwem Wielkopolskim – Wielkopolskim Zarządem Dróg Wojewódzkich w Poznaniu na realizację inwestycji pn.; „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 263 na odcinku od skrzyżowania z DP 3403P w m. Drzewce do skrzyżowania z DW473 w systemie zaprojektuj i wybuduj". 6. Umowa nr 90/107/0217/18/Z/I z dnia 27 lipca 2018 r. zawarta z PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie na realizację inwestycji pn.: „Budowa szczecińskiej kolei metropolitalnej z wykorzystaniem istniejących odcinków linii kolejowych nr 406, 273, 351 - zadanie A pn. Modernizacja linii kolejowej nr 406 na odcinku Szczecin Główny – Police". W odniesieniu do Umów wskazanej w pkt. 1 i 2, Wykonawca informuje, że Strony zawarły ugody, w treści których oświadczyły, że za rozwiązanie tych umowy żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności; w toku realizacji Umów nie doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp (aktualnie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp) ani do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w rozumieniu art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp (aktualnie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp). W rezultacie, zamawiający w treści Ugód oświadczył, że w odniesieniu do Wykonawcy nie wystąpiła żadna z przesłanek wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp, a sam zamawiający nie będzie traktował Wykonawcy jako podmiotu spełniającego którąkolwiek z przesłanek wykluczenia opisanych w art. 109 ust. 1 Pzp. W odniesieniu do Umowy wskazanej w pkt 3, Wykonawca informuje, że Strony zawarły Ugodę w treści której oświadczyły m.in., iż żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności za nienależyte wykonanie Kontraktu. W rezultacie, zamawiający w treści Ugody oświadczył, że nie będzie traktował Wykonawcy jako podmiotu spełniającego przesłanki wykluczenia, które opisane są w art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 7 ustawy Pzp zarówno we własnych postępowaniach, jak również w zakresie udzielania lub przekazywania informacji innym zamawiającym. W odniesieniu do Umów wskazanych w pkt. 4 i 5 powyżej, Wykonawca podkreśla, że winę za brak możliwości dalszej realizacji Umowy ponosi zamawiający. W zakresie Inwestycji 4 i 5 Wykonawca dał wyraz istnienia winy po stronie Zamawiającego składając oświadczenia o odstąpieniu od realizacji Umowy. Wykonawca kwestionuje ważność oraz skuteczność odstąpienie dokonanego przez zamawiających. Wykonawca wskazuje, że w zakresie umowy nr 5 aktualnie prowadzone jest postępowanie sądowe, z kolei w zakresie umowy wskazanej w pkt 4 Wykonawca informuje, iż strony umowy zostały skierowane do mediacji. Postepowanie mediacyjne jest na zaawansowanym etapie. W tym
miejscu Wykonawca jednoznacznie deklaruje, że nie doszło do zmaterializowania się przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. W odniesieniu do Umowy nr 6 Wykonawca podkreśla, iż wskazany kontrakt jest w dalszym ciągu realizowany przez Wykonawcę, niemniej jednak w toku realizacji doszło do sporu Wykonawcy z Zamawiającym co do zakresu realizowanych robót. Na sporny zakres prac zlecone zostało wykonawstwo zastępcze, z czym Wykonawca się nie zgadza, bowiem Wykonawca stoi na stanowisku, iż ten zakres robót nie wchodził w zakres zawartej Umowy. Dodatkowo Wykonawca informuje, że Zamawiający samowolnie podjął decyzję w zakresie zlecenia wykonawstwa zastępczego na zakres prac, które nie są kwestionowane przez Wykonawcę (Wykonawca był gotów je zrealizować). Aktualnie procedowanie jest postępowanie sądowe zmierzające do ustalenia zakresu Umowy.
Jednocześnie Wykonawca informuje (w ślad za tezą z najnowszego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej KIO 449/22, w którym Izba stwierdziła, iż w treści JEDZ należy informować o obciążeniu wykonawcy karą umowną, która może być utożsamiana z „odszkodowaniem"), iż Wykonawca znalazł się w sytuacji, w której w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, Wykonawcy naliczona została kara umowna. Podobne zapatrywanie wyraził w swojej opinii z dnia 2 listopada 2022 roku Urząd Zamówień Publicznych (dostępne: https://www.gov.pl/web/uzp/kara-umowna-a-sposob-wypelniania-jedz). Wykonawca deklaruje, iż każdorazowo podstawa, zakres i wysokość nałożonych kar umownych są kwestionowane przez Wykonawcę. Wykonawca konsekwentnie twierdzi, że nie doszło zatem do ziszczenia się okoliczności wymienionych w tym z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Również więc w powyższym zakresie (tj. w odniesieniu do kar umownych) nie doszło do zmaterializowania się przesłanki o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przedstawiona niniejszym informacja jest konsekwencją brzmienia formularza JEDZ, który w pytaniu pomija okoliczność przyczyn prowadzących do rozwiązania umowy, wskazując jedynie na samo zaistnienie tego stanu. Jednakże, jeśli zdaniem Zamawiającego zasadne będzie przedłożenie dalszych wyjaśnień bądź dokumentów dowodzących, że powyższe sytuacje nie powstały z przyczyn obciążających Wykonawcę, deklarujemy pełną współpracę w tym zakresie.

W wyjaśnianiach z dnia 4 lipca 2023 roku TRKCJA (na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2023 roku, którym na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy wyzwał do wyjaśnienia w zakresie wypełnienia JEDZ w części III pkt C oraz do wyjaśnienia w zakresie Umowa Krakowska; Katalog 112 – Wezwanie Trakcja do wyjaśnień), które zostały odtajnione przez Zamawiającego (katalog 143 – Wyjaśnienia po odtajnieniu do udost; katalog 142 – Pismo ws odtajnienia części TP) odniosła się do zarzutów odwołania 1 oraz przedstawiła informację w zakresie Umowy Krakowska i naliczonej kary przez ZDMK oraz Umowy S-5 i naliczonej kary przez GDDKiA o/Bydgoszcz.

W dokumentacji postępowania, w SWZ w Rozdziale VI zostały przewidziane fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy oparte na art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy.

Izba wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

Art. 109 ustaw z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.; dalej: „ustawa") -

ust 1 - Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(…)

5)

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;

(…)

7) 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;

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;
(…)
10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające
w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego
w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
Art. 109 ust. 2 ustawy –
Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Izba zważyła:

Podniesiony zarzut odwołania sprowadza się do tego, że TRAKCJA zataiła przedstawienie w dokumencie JEDZ informacji o nałożonych karach umownych
w odniesieniu do kontraktu Umowa Krakowska oraz Umowa S-5, przedstawiła Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd zatajając fakt naliczenia kar na ww. kontraktach w wyniku niedotrzymania terminów ich realizacji – w szczególności w dokumencie JEDZ.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego i stwierdza, że zarzut odwołania jest niezasadny, więcej zarzut ten nie jest uzasadniany w odniesieniu do przesłanek wykluczenia określonych w powołanych przez Odwołującego przepisach ustawy, które miały uzasadniać wykluczenie wykonawcy.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Zamawiający może wykluczyć z postępowania wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Przepis ten transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej. Powyższa podstawa wykluczenia odnosi się również do dokumentu JEDZ. W ramach regulacji tej wykluczeniu podlega wykonawca, który wprowadził w błąd Zamawiającego, zataił informacje lub nie złożył podmiotowych środków dowodowych. Mając na uwadze stanowisko doktryny i spójne orzecznictwo podkreślenia wymaga, że wprowadzenie w błąd Zamawiającego oparte o to, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, a błędem jest rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Czyli chodzi o to, że Zamawiający może mieć fałszywe wyobrażenie o rzeczywistości polegające na tym, że przyjmuje okoliczności jakie nie występują lub pozostaje w nieświadomości okoliczności jakie występują. Wprowadzenie w błąd może polegać na przedstawieniu informacji obiektywnie nieprawdziwych lub prawdziwych ale wywołujących mylne wyobrażenie po stronie Zamawiającego. Błąd musi nastąpić przy przedstawianiu informacji. Wprowadzenie w błąd nie obejmuje zatem zatajenia wymaganych informacji. Natomiast, gdy informacja podana prze wykonawcę jest prawdziwa, to nie ma wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Odwołujący nie wykazał w żaden sposób spełnienia powyższych przesłanek w zakresie odnoszącym się do przedstawienia informacji w JEDZ – bowiem co pomija Odwołujący w JEDZ zostały przedstawione informacje przez TRAKCJA *(Jednocześnie Wykonawca informuje (w ślad za tezą z najnowszego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej KIO 449/22, w którym Izba stwierdziła, iż w treści JEDZ należy informować o obciążeniu wykonawcy karą umowną, która może być utożsamiana z „odszkodowaniem"), iż Wykonawca znalazł się w sytuacji, w której w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, Wykonawcy naliczona została kara umowna. Podobne zapatrywanie wyraził w swojej opinii z dnia 2 listopada 2022 roku Urząd Zamówień Publicznych (dostępne: https://www.gov.pl/web/uzp/kara-umowna-a-sposob-wypelniania-jedz). Wykonawca deklaruje, iż każdorazowo podstawa, zakres i wysokość nałożonych kar umownych są kwestionowane przez Wykonawcę. Wykonawca konsekwentnie twierdzi, że nie doszło zatem do ziszczenia się okoliczności wymienionych w tym z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Również więc w powyższym zakresie (tj. w odniesieniu do kar umownych) nie doszło do zmaterializowania się przesłanki o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Przedstawiona niniejszym informacja jest konsekwencją brzmienia formularza JEDZ, który w pytaniu pomija okoliczność przyczyn prowadzących do rozwiązania umowy, wskazując jedynie na samo zaistnienie tego stanu. Jednakże, jeśli zdaniem Zamawiającego zasadne będzie przedłożenie dalszych wyjaśnień bądź dokumentów dowodzących, że powyższe sytuacje nie powstały z przyczyn obciążających Wykonawcę, deklarujemy pełną współpracę w tym zakresie.)* odnoszące się do naliczonych kar umownych. Zamawiający nie pozostawał zatem w nieświadomości okoliczności jakie występują po stronie TRAKCJA. Więcej Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji uzasadniającej, że na podstawie JEDZ Zamawiający nie miał świadomości tego, że wykonawcy TRAKCJA naliczone zostały kary umowne. Twierdzenie to zawarte w JEDZ jest prawdziwe.

Wymaga podkreślenia, że na podstawie tego przepisu wprowadzenie w błąd Zamawiającego musi nastąpić w sposób zawiniony. Mając na uwadze regulacje dyrektywy klasycznej
z postępowania można wykluczyć tylko wykonawcę winnego poważnego wprowadzenia w błąd. Zgodnie z wyrokiem TSUE(z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu, ECLI: EU:C:2017:338, pkt 78) pojęcie „jest winny poważnego" wprowadzenia w błąd obejmuje zarówno winę umyślną, jak i niedbalstwo. Chodzi przy tym o taki stopień niedbalstwa, które może mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego. W kolejnym z orzeczeń TSUE – co istotne wydanych z pytań prejudycjalnych Krajowej Izby Odwoławczej- (wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczcie Polskiej SA, ECLI:EU:C:2012:801, pkt 26) Trybunał podał, że pojęci „jest winny poważnego" wprowadzenia w błąd może zostać objaśnione i uszczegółowione w prawie krajowym, z poszanowaniem wszakże prawa Unii. W obowiązującym obecnie przepisie polski ustawodawca doprecyzował to pojęcie i wskazał na konieczność zaistnienia dwóch przesłanek tj.: wprowadzenie w błąd musi być wynikiem „zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa" oraz wprowadzenie w błąd miało lub „mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia". W odniesieniu do powyższych przesłanek również próżno szukać uzasadnienia w argumentacji Odwołującego. Sam fakt stwierdzenia przez Odwołującego, że podane w JEDZ informacje wprowadziły Zamawiającego w błąd w ocenie Izby nie jest wystarczający. Każda z przesłanek zawartych w przepisie skutkująca wykluczeniem wykonawcy z postępowania musi być jednoznacznie, precyzyjnie wykazana. Podkreślenia wymaga na kanwie tej sprawy odwoławczej, że zaistnienie każdej z przesłanek zawartych w poszczególnych przepisach a skutkujących wykluczeniem z postępowania musi być przez Odwołującego wykazane. W zupełności niezrozumiałe jest twierdzenie Odwołującego – w zasadzie dokonana ocena

niepoparta żadną argumentacją, że postawę TRAKCJI należy traktować jako przypadek rażącego niedbalstwa. Na kanwie tego przepisu w ramach rażącego niedbalstwa wykluczeniu winni podlegać wykonawcy którzy wprowadzają w błąd Zamawiającego, a których działania podważają rzetelność, wiarygodność, uczciwość i staranność wykonawcy, przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności. W przedmiotowej sprawie odwoławczej TRAKCJA jednoznacznie podała, że zostały naliczone kary umowne, co Odwołujący w zupełności pomija. Skoro zostało podane w JEDZ przez TRAKCJA, że naliczono wykonawcy kary umowne to nie sposób mówić o braku rzetelności czy wiarygodności oraz uczciwości wykonawcy co do przedstawienia informacji. Zamawiający miał pełną świadomość tego,
że wykonawca ten złożył takie oświadczenie.
Kolejnym wariantem w ramach którego możliwe jest wykazanie spełnienia podstaw wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy jest zatajenie informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału
w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Przez zatajenie informacji należy rozumieć nieprzekazanie Zamawiającemu wymaganych informacji, bowiem ich nieprzekazanie może mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.
W rozpoznawanej sprawie odwoławczej w ramach informacji zawartych w JEDZ TRAKCJA podała, że naliczona została wykonawcy kara umowna. Wbrew twierdzeniu Odwołującego
z rozprawy nie oznacza to stwierdzenie, że naliczona została tylko jedna taka kara, ponieważ w dalszej części oświadczenia zawartego w JEDZ wykonawca odnosi się jednoznacznie
do nałożonych kar umownych, których każdorazowo podstawa, zakres i wysokość jest przez niego kwestionowana.
Fakt naliczenia kar umownych nie został w żaden sposób ani zatajony przez TRAKCJA, który to podmiot jednoznacznie podał taką informację w JEDZ. Wymaga podkreślenia,
że Odwołujący miesza w swoim stanowisku różne przesłanki wynikające z artykułu 109 ust. 1 pkt 8 ustawy, a określone poszczególnymi wariantami tej regulacji prawnej, bowiem odnosi się do „wprowadzenia w błąd zatajając fakt naliczenia temu Wykonawcy kar umownych".
W ramach rozpoznania przesłanek podstawy tego wykluczenia wykonawca albo wprowadza Zamawiającego w błąd co do świadomości lub nieświadomości określonego stanu rzeczy
lub też – i to jest osobna regulacja – zataja przez Zamawiającym określone informacje.
Izba stwierdza, że sposób w jaki zostały podane informacje o naliczanych karach umownych wykonawcy TRAKCJA nie stanowi ani działania polegającego na wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, jak również nie stanowi zatajenia żadnych informacji. Podkreślenia wymaga, że TRAKCJA udzieliła twierdzącej odpowiedzi na pytanie w Części III lit. C przytoczonej na wstępie rozpoznania tego zarzutu. W odniesieniu do naliczonych kar umownych, TRAKCJA wskazała *„(…) Wykonawca znalazł się w sytuacji, w której w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, Wykonawcy naliczona została kara umowna."* (…) *„każdorazowo podstawa, zakres i wysokość nałożonych kar umownych są kwestionowane przez Wykonawcę. (…) w powyższym zakresie (tj. w odniesieniu do kar umownych) nie doszło do zmaterializowania się przesłanki o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.".* w twierdzeniach tych nie ma informacji nieodpowiadających rzeczywistości, Odwołujący nie wskazał na takie informacje. Co istotne z punktu wywiedzenia oceny przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Odwołujący w żaden sposób nie wykazał,
nie uzasadnił, że informacje jakie zostały podane przez TRAKCJA w dokumencie JEDZ
są niepełne. Słusznie w ocenie Izby podnosił TRAKCJA w trakcie rozprawy, że gdyby wskazał w JEDZ tylko jedną z umów, w ramach której naliczono mu kary umowne, to doszłoby do pominięcia informacji, które można by kwalifikować w kategoriach mieszczących się w przesłankach z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Jednakże ogólne odniesienie się jakie poczynił w JEDZ nie stanowi niezamieszczenia w dokumencie JEDZ wymaganych informacji jak również nie stanowi o podaniu niepełnych wymaganych informacji – przy czym Izba zaznacza w tym miejscu jednoznacznie, że w tym zakresie w odwołaniu nie była podnoszona jakakolwiek argumentacja, a odniesienie się Izby w tej warstwie niezbędne jest dla pełnego rozpoznania zarzutu w odniesieniu do podstawy prawnej z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Zaznaczona odpowiedź „TAK" oraz wskazanie naliczenia kar umownych i podstaw z art. 109 ust. 1 pkt 7 powoduje, że nie sposób mówić o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego, czy też zatajeniu jakiś informacji. Sam fakt podania twierdzącej odpowiedzi nie może w ocenie Izby prowadzić do wprowadzenia Zamawiającego w błąd czy też zatajenia przed Zamawiającym określonych informacji (tak też wyrok Izby sygn. akt KIO 2076/23). Izba podkreśla,
że Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek wykluczenia
z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy. Z Opinii prawnej, do której referował Odwołujący nie wynika również aby TRAKCJA wprowadziła Zamawiającego
w błąd, co powoduje że stanowisko Odwołującego co do sprzecznych decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest również niezasadne. Co do zakresu podnoszonego orzeczenia sygn. akt KIO 449/22 w ocenie Izby kluczowym jest, że wykonawca, którego dotyczyły zarzuty odwołania w JEDZ podał odpowiedź „NIE", co w ocenie Izby powoduje, że nie sposób odnosić argumentację tamtego wyroku do tejże sprawy. Jednocześnie wymaga wskazania, że każda sprawa jest inna, a szczegóły stanowią o istocie rozstrzygnięcia w kontradyktoryjnym postępowaniu odwoławczym.
W odniesieniu do argumentacji Odwołującego dotyczącej wskazania w JEDZ „Proszę je opisać" Izba stoi na stanowisku, że pytanie JEDZ w część III sekcja c w brzmieniu:*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?* skorelowane z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy nie wymienia wszystkich przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy i pomija przesłankę - odpowiedzialność za zaistniałe zdarzenia („*z przyczyn leżących po jego stronie*"). Mając na względzie tą okoliczność jak również fakt, że nie ma jednolitej i spójnej oraz dającej jednoznacznie się weryfikować regulacji co do zakresu wypełnienia JEDZ oraz uwzględniając fakt, że przekazane informacje w JEDZ przez TRAKCJA nie wprowadzają Zamawiającego w błąd, jak również nie zostało nic zatajone przed Zamawiającym przez tego wykonawcę oraz to, że Odwołujący nie wykazał kumulatywnego spełnienia przesłanek Izba za niezasadne uznała wskazane naruszenie i zaniechanie wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy.
Izba wskazuje również na dowody załączone do pisma procesowego TRAKCJA, które potwierdzają, że przyjęty sposób wypełnienia JEDZ przez TRAKCJA w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie był jednostkowym rozwiązaniem. W wyniku składanych dokumentów JEDZ w różnych postępowaniach o zamówienie publiczne, u innych Zamawiających, w odniesieniu do informacji dotyczących naliczenia kar umownych oświadczenia w JEDZ były składane w podobny sposób a Zamawiający wzywali
do przedstawienia okoliczności i faktów leżących u podstaw naliczenia kar umownych.

Natomiast na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Zamawiający wykluczy wykonawcę który w wyniku

lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W tym zakresie Izba w całości przyjmuje w tym miejscu stanowisko przedstawiono powyżej i wyjaśnia, że w JEDZ nie została przedstawiona informacja niezgodna z rzeczywistością, wprowadzająca Zamawiającego w błąd, co jednoznacznie zostało wykazane przy rozpoznaniu tego zarzutu odwołania w zakresie naruszenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy i przyjęte przez Izbę w tym miejscu. Stwierdzenie w tym miejscu, że Odwołujący nie wykazał spełnienia tej przesłanki powoduje, że za niezasadną należy uznać w całości podnoszoną przez Odwołującego podstawę zaniechania wykluczenia TRAKCJA z postępowania. Pozostałe przesłanki tj. przedstawienia informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, które mają lub mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego przy braku wykazania spełnienia pierwszej z przesłanek nie znajdują uzasadnienia. Odwołujący nie wykazał w jaki sposób dane informacje miałyby mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, natomiast w zakresie niedbalstwa uznał Odwołujący, że niedbalstwem jest podawanie nieprawdziwych informacji. Izba uznała, że w tym postępowaniu w JEDZ TRAKCJA w części jak została poddana rozpoznaniu nie ma mowy o podaniu nieprawdziwych informacji, to nie może być mowy o niedbalstwie w podawaniu takich informacji. Mając to wszystko na uwadze, w tym rozstrzygnięcie w zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Izba zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutu 3 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy oraz w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Trakcja S.A., a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż została złożona przez Wykonawcę, który podlega wykluczeniu z Postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych
w treści art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 ustawy, które w tym Postępowaniu związane były z faktem obciążenia tego Wykonawcy znacznymi karami umownymi w związku z nienależytą realizacją Umów Krakowska i S-5, które Wykonawca zataił przed Zamawiającym – Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie zarzutu 4 – naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Trakcja S.A. która podlega wykluczeniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości – Izba zarzut uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa – Izba zaznacza, że część podstaw prawnych oraz przytoczonych przepisów została podana przy rozpoznaniu zarzutu 1 i zarzutu 2. W tym miejscu Izba uzupełnia podanie podstaw prawnych i przytoczenie przepisów o następujące:

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z postępowania

Art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;

Izba zważyła:

W odniesieniu do zarzutu 3 i zarzutu 4 odwołania stwierdzić należy, że zarzuty te są wynikowymi w stosunku do podniesionego zarzutu 1 i zarzutu 2. Izba za niezasadne uznała w całości zarzut 1 i zarzut 2, a argumentację zawartą przy ich rozpoznaniu w całości w tym miejscu powołuje i uznaje za właściwą dla rozpoznania zarzutu 3 i zarzutu 4 odwołania.

Izba podkreśla, że brak wykazania zaistnienia przesłanek wykluczenia na podstawie podnoszonych zarzutów odwołania, które to przesłanki muszą być wykazywane jednoznacznie i nie mogą być przedstawiane w sposób dorozumiany, a do tego muszą być spełnione kumulatywnie w ramach dokonywanej oceny czynności Zamawiającego podjętej
w postępowaniu o zamówienie publiczne skutkował niezasadnością zarzutów 1 i 2 odwołania. W konsekwencji niezasadny jest zarzut 3 naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy, bowiem nie doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem tych przepisów, a w konsekwencji nie doszło do naruszenia zasad wskazanych w zarzucie 4.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają
te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą
do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe
i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania. W żadnej mierze nie zwalnia ustawa Odwołującego z obowiązku dowiedzenia zaistnienia wszystkich przesłanek wykluczenia z postępowania określonego wykonawcy, niezależnie od tego jak trudna może być ta argumentacja i dowodzenie w tym zakresie z uwzględnieniem niezbędności kumulatywnego ich wykazana.

W zakresie wniosku Odwołującego o zobowiązanie TRAKCJA do przedstawienia
w trybie art. 536 ustawy (a) odpisu pozwu ZDMK wraz z załącznikami, który został złożony
w postępowaniu przeciwko Trakcja S.A. oraz Comsa S.A.U. toczącym się przed Sądem Okręgowym w Krakowie, Wydziałem IX Gospodarczymi zarejestrowanym pod sygn. IX GC 822/23 (b) odpisu złożonej przez Trakcja S.A. odpowiedzi na pozew, o którym mowa powyżej (wraz z załącznikami), o ile takowa została już wniesiona – Izba wniosek ten uznała za nieuzasadniony oraz niezasadny. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji dlaczego na podstawie art. 536 ustawy - Skład orzekający może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania, Izba miałaby zastępować Odwołującego
w przedstawianiu w sprawie dowodów. Generalna zasada dotyczącą ciężaru dowodu
w postępowaniu odwoławczym zawarta w art. 534 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów,
z których wywodzą skutki prawne – inicjatywę dowodową jednoznacznie pozostawia po stronie Odwołującego. Regulacja

z art. 536 ustawy stanowi uprawnienie Izby, które materializuje się w ocenie stanu przez Izbę, a nie w zastępowaniu strony w dowodzeniu okoliczności podnoszonych w odwołaniu. Koresponduje ten przepis również z treścią art. 534 ust. 2 ustawy, który stanowi, że Izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę, a także z art. 531 ustawy, zgodnie z którym przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W przedmiotowej sprawie odwołanie, z przyczyn wskazanych powyżej, okazało się niezasadne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: ……
Członkowie: ……...
……..