

Sygn. akt: KIO 1125/25, KIO 1130/25, KIO 1131/25,

WYROK

Warszawa, 15 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Izabela Niedziałek-Bujak**
Aneta Młacka
Andrzej Niwicki
Protokolant: **Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie 11 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A) 24 marca 2025 r. przez odwołującego – wykonawcę **FBSerwis Spółka Akcyjna** ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (KIO 1125/25);

B) 24 marca 2025 r. przez odwołującego - wykonawcę **Saferoad Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek (KIO 1130/25);

C) 24 marca 2025 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Świętokrzyska 30, lok. 63, 00-116 Warszawa, **Z.Urbanowski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Mazowiecka 16, 06-200 Maków Mazowiecki (KIO 1131/25);

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad**, GDDKiA Oddział w Katowicach, ul. ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa

przy udziale uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego w postępowaniu KIO 1125/25, KIO 1130/25 – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **AVR Spółka Akcyjna** ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków, **AVR S.p.A.**, Via Francesco Tensi 116, 00133 Rzym (Republika Włoska).

przy udziale uczestnika przystępującego po stronie zamawiającego w postępowaniu KIO 1125/25, KIO 1130/25, KIO 1131/25 **ZABERD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław

przy udziale uczestnika przystępującego po stronie odwołującego w postępowaniu KIO 1130/25, KIO 1131/25 **FBSerwis Spółka Akcyjna**, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa

przy udziale uczestnika przystępującego po stronie odwołującego w postępowaniu KIO 1131/25 **Eurovia Polska Spółka Akcyjna**, Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1, 55-040 Kobierzyce

orzeka:

sygn. akt KIO 1125/25

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **FBSerwis S.A.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych) wpisu, a także 2.400 zł 00 gr (dwa tysiące czterysta złotych) kosztów zamawiającego oraz 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **AVR S.A.**, **AVR S.p.A.**, wnoszących sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz:

2.2.1. zamawiającego 2.400 zł 00 gr (dwa tysiące czterysta złotych), tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.2. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **AVR S.A.**, **AVR S.p.A.** 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika.

sygn. akt KIO 1130/25

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego - **Saferoad Services Sp. z o.o.** i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów zamawiającego;
- 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych), tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika.

sygn. akt KIO 1131/25

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Abramss Sp. z o.o., Z.Urbanowski Sp. z o.o. i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 15.000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów ZABERD Sp. z o.o. wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez zamawiającego;
- 2.2 zasądza od odwołującego na rzecz ZABERD Sp. z o.o. 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych), tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1125/25, KIO 1130/25, KIO 1131/25

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – GDDKiA Oddział w Katowicach, działające w imieniu Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w trybie przetargu nieograniczonego na „*Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach z podziałem na 2 części: Część 1. Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie autostrady A1 zarządzanej przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, Rejon w Zabrze, Część 2. Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, Rejon w Pszczynie*” (nr postępowania O/KA.D-3.2421.5.2024), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14.05.2024 r., S 932024 282863-2024, wobec zakończonych czynności oceny ofert dla części 1 i 2 zamówienia, wniesione zostały 24.03.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: FBSerwis S.A. z/s w Warszawie (KIO 1125/25), Saferoad Services Sp. z o.o. z/s we Włocławku (KIO 1130/25), konsorcjum: Abramss Sp. z o.o. z/s w Warszawie/Z.Urbanowski Sp. z o.o. z/s w Makowie Mazowieckim (KIO 1131/25).

I. KIO 1125/25 – odwołujący FBSerwis Sp. z o.o. (odwołujący 1)

Odwołujący zarzucił zamawiającemu w zakresie cz. 1 zamówienia wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AVR z powodu wystąpienia podstaw wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania w zakresie Części 1, pomimo że wykonawca ten, realizując na rzecz Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad umowę nr O.KA.D-3.2413.70.2018/2019 pn.: „*Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowice, Rejon w Pszczynie*”: w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie, a także z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania, gdyż podczas wykonywania tego zadania na AVR naliczone zostały przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kary umowne w związku z wykonywaniem umowy w sposób nienależyty w łącznej wysokości 3 396 000,00 zł, co doprowadziło do wadliwego wyboru oferty AVR jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że względem tego wykonawcy zaistniały podstawy do wykluczenia z Postępowania,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AVR z powodu wystąpienia podstaw wykluczenia tego wykonawcy z Postępowania w zakresie Części 1, pomimo że wykonawca ten, wypełniając jednolity europejski

dokument zamówienia, który złożył w Postępowaniu, nie poinformował Zamawiającego o nienależytym wykonaniu umowy nr O.KA.D-3.2413.70.2018/2019 pn.: „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowice, Rejon w Pszczynie”, przez co: w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje, oraz 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, co doprowadziło do wadliwego wyboru oferty AVR jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że względem tego wykonawcy zaistniały podstawy do wykluczenia z Postępowania,

3.art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP oraz art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny wykonawców: AVR, ZABERD, Saferoad, w zakresie Części 1, pomimo że:

- cena całkowita tych ofert była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej zgodnie z przepisami ustawy PZP przed wszczęciem postępowania, a rozbieżność nie wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagałyby wyjaśnienia,
- istnieją obiektywne wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez tych Wykonawców, w szczególności w związku z rozbieżnościami pomiędzy tymi cenami, a szacunkową wartością zamówienia, a także pomiędzy tymi cenami, a średnią arytmetyczną cen wynikających z ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych w Postępowaniu co doprowadziło do przedwczesnego i wadliwego wyboru oferty AVR jako najkorzystniejszej, a także wadliwej oceny oferty ZABERD oraz oferty Saferoad.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru AVR jako najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert, w ramach której zamawiający:

- a. odrzuci ofertę AVR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP w związku z zaistnieniem podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 ustawy PZP,
- b. wezwie ZABERD do wyjaśnień ceny oferty,
- c. wezwie Saferoad do wyjaśnień ceny oferty,
- d. w przypadku nieuwzględnienia wniosku, o którym mowa w lit. a) – wezwie AVR do wyjaśnień ceny oferty,
- e. dokona kolejnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut nr 2, a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania (pismo z 10.04.2025 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie zamawiającego wykonawcy: Konsorcjum AVR S.A./AVR S.p.A oraz ZaberD Sp. z o.o. Wykonawca AVR S.A./AVR S.p.A. wniósł na posiedzeniu sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 2.

II.KIO 1130/25 – odwołujący Saferoad Services Sp. z o.o. (odwołujący nr 2).

Odwolujący zarzuca naruszenie przez zamawiającego:

- 1.art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy – konsorcjum AVR S.A. (Lider konsorcjum) AVR S.P.A. (Partner konsorcjum), dalej jako „Konsorcjum AVR”) do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, pomimo że w stosunku do oferty konsorcjum AVR ziściły się przesłanki dla obligatoryjnego przeprowadzenia procedury badania rażąco niskiej ceny określone w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, tj. cena całkowita oferty konsorcjum AVR jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaś wobec oferty konsorcjum AVR zachodzi podejrzenie, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę za wykonanie zamówienia jest ceną rażąco niską (art. 224 ust. 1 ustawy pzp), ewentualnie zaniechanie skorzystania z ustawowego uprawnienia do wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Konsorcjum AVR, gdy zaoferowana cena, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów (art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 pzp);
- 2.art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców: FBSerwis S.A., ZABERD sp. z o.o. oraz Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, pomimo że w stosunku do ofert ww. wykonawców ziściły się przesłanki dla

obligatoryjnego przeprowadzenia procedury badania rażąco niskiej ceny określone w art. 224 ust. 2 pkt 1 pzp, tj. ceny całkowite ofert ww. wykonawców są niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ewentualnie zaniechanie skorzystania z ustawowego uprawnienia (art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 pzp) do wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Konsorcjum AVR, gdy zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z odrębnych przepisów;

a w konsekwencji powołanych wyżej naruszeń, również naruszenie:

3.art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Konsorcjum AVR jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu;

4.art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp oraz art. 17 ust. 2 pzp poprzez ich niezastosowanie i prowadzenie Postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i w konsekwencji wybór oferty Konsorcjum AVR niezgodnie z przywołanymi wyżej przepisami Pzp.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum AVR oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawcy Konsorcjum AVR oraz innych ujętych w ww. zarzutach odwołania wykonawców do złożenia wyjaśnień ceny na podstawie art. 224 ustawy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w której wnosi o oddalenie zarzutów w całości (pismo z 10.04.2025 r.).

Do postępowania odwoławczego przystąpili, po stronie odwołującego FB Serwis S.A. a po stronie zamawiającego wykonawcy: Konsorcjum AVR.S.A/AVR S.p.A oraz Zaberd Sp. z o.o.

III.KIO 1131/25 – konsorcjum Abramss Sp. z o.o./Z Urbanowski Sp. z o.o. (odwołujący nr 3).

Odwolujący kwestionuje czynności zamawiającego w zakresie części 2 zamówienia i dotyczące wyboru oferty Zaberd Sp. z o.o. i zaniechania jej odrzucenia, jako naruszające:

1.art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 111 pkt 4) PZP oraz art. 125 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Zaberd z Postępowania, w sytuacji w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie braku podstaw wykluczenia z Postępowania, poprzez nieujawnienie sytuacji w których na Zaberd nałożone zostały kary umowne, co niewątpliwie powinno zostać notyfikowane Zamawiającemu w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej jako: „JEDZ”), a czego zaniechanie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

a w konsekwencji,

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 111 pkt 4) PZP oraz art. 125 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zaberd, a w konsekwencji wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy, Jego oferta powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego, gdyż została złożona przez Wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z Postępowania;

3.art. 16 ust. 1 PZP poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób nieproporcjonalny oraz niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Zaberd, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenie Zaberd z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty i uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego przystąpili, po stronie odwołującego wykonawcy: FB Serwis S.A oraz Eurovia Polska S.A. a po stronie zamawiającego Zaberd Sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3 Ustawy z uwagi na brak substratu zaskarżenia, co stanowi skutek oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania.

Przystępujący Zaberd Sp. z o.o. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

W związku z oświadczeniami przystępujących po stronie zamawiającego w sprawie KIO 1125/25 oraz KIO 1131/25 o sprzeciwie wobec uwzględnienia w części/w całości zarzutów odwołania podlegały rozpoznaniu w zakresie wszystkich

zarzutów.

Na posiedzeniu strony nie zgłaszały wniosków formalnych co do skuteczności złożonych środków ochrony prawnej. Izba nie stwierdziła, aby zachodziły przeszkody formalne do rozpoznania merytorycznego odwołań, które zostały skierowane na rozprawę.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), dalej jako „Ustawa”.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, jak również złożone dowody dotyczące kontraktów i kar umownych wskazane w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w podziale na dwie części zamówienia dotyczącego całorocznego (bieżącego i zimowego) utrzymania dróg krajowych obejmujące dwa rejony zarządzane przez GDDKiA Oddział w Katowicach, tj. rejon Zabrze (część 1) i rejon Pszczyna (część 2).

W protokole postępowania (druk ZP) zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę netto 543.439.190,81 zł łącznie dla obu części, która to wartość uwzględnia szacowaną wartość zamówienia podstawowego (156.294.007,58 zł – cz. 1 i 172.681.522,82 zł – cz. 2), jak również wartość zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 Ustawy (39.217.339,08 zł – cz. 1 i 43.656.109,17 zł – cz. 2) oraz wartość zamówień objętych prawem opcji (62.517.603,04 zł – cz. 1 i 69.072.609,12 zł – cz. 2). Wartości te zostały wskazane w notatce sporządzonej 25.04.2024 r. (w aktach sprawy).

Po wszczęciu postępowania zamawiający dokonał aktualizacji wartości zamówienia, uwzględniającej zmiany jakie wystąpiły głównie z powodu wprowadzonych zmian do swz i na dzień 26.08.2024 r wartość zaktualizowana dla części 1 zamówienia wyniosła 255.566.484,73 zł (**w tym zamówienie podstawowe 154.798.673,08 zł**), a dla części 2 – 281.210.615,97 zł (**w tym zamówienie podstawowe 170.136.295,46 zł**). Łączna wartość zamówienia dla części 1 i 2 z uwzględnieniem opcji oraz zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 Ustawy wyniosła 536.777.100,70 zł netto.

W aktach sprawy znajdują się również notatki z ustalenia wartości zamówienia z okresu wcześniejszego, na dzień 01.12.2023 r. (dla cz. 1) i 28.12.2023 (dla cz. 2), a następnie zaktualizowane 25.04.2024 r. z uwagi na upływ terminu ważności oszacowania wartości oraz ze względu na zmianę wartości kursu euro od dnia 01.01.2024 r. Ponadto w aktualizacji uwzględniono wskaźniki służące do wyliczenia waloryzacji koszykowej publikowane na stronie GUS. Podstawą ustalenia wartości były ceny obowiązujące na rynku, a także średnie z cen jednostkowych z ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 Ustawy w postępowaniach przeprowadzonych w okresie ostatnich 12 miesięcy na terenie sąsiednich Oddziałów w Łodzi (ogłoszone w 2022 r.) oraz w Katowicach (ogłoszone w 2022 r.).

Termin składania ofert upływał 27.08.2024 r. o godzinie 10:00. Na otwarciu zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w łącznej wysokości 559.538.015,84 zł brutto (część 1 i 2 z prawem opcji).

Na część 1 zamówienia złożonych zostało 9 ofert z cenami brutto dla zakresu podstawowego:

147.174.116,44 zł (oferta nr 1), 132.943.006,36 zł (oferta nr 2) 212.287.103,15 zł (oferta nr 3), 132.157.200,01 (oferta nr 4), 126.608.191,11 zł (oferta nr 5), 124.762.299,97 zł (oferta nr 6), 181.851.137,49 zł (oferta nr 7), 187.612.189,52 zł (oferta nr 8), 142.552.557,83 zł (oferta nr 8).

Na część 2 zamówienia złożonych zostało 6 ofert z cenami brutto dla zamówienia podstawowego:

165.401.871,67 zł (oferta nr 1), 178.642.602,23 zł (oferta nr 2), 148.579.699,38 zł (oferta nr 3), 209.029.973,41 zł (oferta nr 4), 182.451.627,23 zł (oferta nr 5), 157.991.743,95 zł (oferta nr 6).

Zamawiający odrzucił oferty wykonawców, którzy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie utrzymali ważności wadium, tj. w części 1 zamówienia oferty nr 1, nr 3, nr 7, nr 8, a w części nr 2 zamówienia oferty nr 4 i nr 5.

Zamawiający dokonał oceny ofert niepodlegających odrzuceniu i wskazał, jako najkorzystniejsze dla części nr 1 – ofertę konsorcjum AVR S.A/AVR S.p.A (nr 6), a dla części nr 2 zamówienia – ofertę Zaberd Sp. z o.o. (nr 3).

Zamawiający nie kierował wezwań do wyjaśnienia ceny na podstawie art. 224 Ustawy.

W swz zamawiający przewidział zastosowanie procedury, o której mowa w art. 139 ust. 1 Ustawy (procedura odwrócona). Oferty można było składać na dowolną liczbę części zamówienia. Zamawiający przewidział możliwość zastosowania opcji do obu części zamówienia, która obejmuje możliwość powierzenia wykonania prac na odcinkach dróg innych niż wskazane w § 1 ust. 1 PPU (tom II swz), wyszczególnionych w załączniku nr 13 do umowy – po cenach określonych przez wykonawcę dla zamówienia podstawowego w załączniku nr 2 Tabele Elementów Rozliczeniowych, jak również możliwość powierzenia wykonania prac na okres nie dłuższy niż 10 miesięcy w zakresie zamówienia podstawowego (pkt 6.8 IDW).

Zamówienie realizowane ma być przez okres nie dłuższy niż 48 miesięcy (część 1 i część 2).

W ramach podstaw wykluczenia mających zastosowanie w postępowaniu, zamawiający w pkt 9 IDW wskazał na przesłanki z art. 109 ust. 1, w tym pkt 4-10 Ustawy.

Wykonawcy wraz z ofertą składali wypełniony formularz JEDZ. Wraz z ofertą składane były również wypełnione formularze cenowe – tabele elementów rozliczeniowych wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów – odrębnie dla każdej części. Podstawą do wyliczenia ceny oferty są pozycje formularza cenowego, które należało wypełnić według kolejności pozycji i zgodnie z opisem w nich zawartym (pkt 17.2 IDW).

Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w formularzach - tabeli elementów rozliczeniowych, a następnie wyliczyć cenę netto RAZEM odpowiednio dla danej grupy prac. Obliczoną w ten sposób wartość (cenę) netto RAZEM dla danej grupy prac należy następnie przenieść do zbiorczego zestawienia kosztów, wyliczyć i wpisać w tym formularzu odpowiednio wartość brutto dla danej grupy prac, a następnie zsumować wartości wyliczając wartość całkowitą (netto oraz brutto).

W zbiorczym zestawieniu kosztów Wykonawca powinien wyliczyć również wartości Opcji, zgodnie z opisem w zawartym ww. formularzu.

Obliczoną zgodnie z Tabelą elementów rozliczeniowych wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów (odpowiednio dla danej części, na którą składana jest oferta) - cenę oferty brutto należy następnie przenieść do Formularza Oferty zamieszczonego w Rozdziale 2 IDW (tj. cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia podstawowego, cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia objętego opcją oraz łączną cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia podstawowego wraz zamówieniem objętym opcją).

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszystkie pozycje opisane w Formularzach cenowych.

Przedmiot zamówienia objęty jest stawką podatku VAT 23%.

Wykonawcy w formularzach wskazywali ceny jednostkowe netto stanowiące podstawę do obliczenia ceny danej grupy prac, uwzględniającej pozycje szczegółowe ze wskazaniem ich zakresu i obmiaru. Zestawienie zbiorcze kosztów dla danego rejonu obejmuje zsumowane wartości poszczególnych grup prac wraz z wyliczeniem wartości opcji według określonego przez zamawiającego sposobu wyliczenia i zsumowaną wartością zamówienia.

Konsorcjum AVR złożyło w ofercie wypełnione przez członków konsorcjum formularze JEDZ, w których na pytanie objęte częścią III lit. C i dotyczące poważnego wykroczenia zawodowego AVR S.A. udzielił odpowiedzi „nie”, natomiast na pytanie dotyczące rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innej porównywalnej sankcji udzielił odpowiedzi „Tak” zamieszczając opis:

Spółka AVR S.A. w dniu 29 października 2019 r. odstąpiła od Umowy nr 424/2017/ C z dnia 29.12.2017 r. zawartej z Gminą Chelmiec, której przedmiotem było Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w Gminie Chelmiec w latach 2018 - 2020.” (dalej jako: „Umowa”). Spółka AVR S.A. z siedzibą w Krakowie skorzystała z uprawnienia do odstąpienia od Umowy, gdyż w jej ocenie „Zamawiający nie dotrzymał istotnych postanowień umowy”, a zatem zaszła przesłanka umowna odstąpienia wskazana w par. 11 ust. 1 ww. Umowy. W tym miejscu należy wskazać, iż Zamawiający na etapie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego podał Wykonawcom nieprawidłowe (drastycznie zaniżone) średniomiesięczne ilości poszczególnych kategorii odpadów, których odbiór i zagospodarowanie stanowiły przedmiot zamówienia publicznego. Analiza zapisów SIWZ, jak również treści pytań do SIWZ oraz odpowiedzi (z dnia 03 listopada 2017 r.) w zestawieniu z danymi liczbowymi dotyczącymi faktycznej ilości odpadów odbieranych w ramach Umowy z terenu Gminy Chelmiec które AVR S.A. zgromadziła w okresie od 01 stycznia 2019 r., prowadzi do wniosku iż Wykonawcy zostali wprowadzeni w błąd przez Zamawiającego. Co istotne, dane podane do publicznej wiadomości przez Zamawiającego - dotyczące realnej ilości odpadów- stanowiły podstawę do sporządzenia szacunków i determinowałyby działania Wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym, samym znaczne zaniżenie ilości odpadów wytwarzanych na terenie gminy, niewątpliwie miało bezpośredni wpływ na przyjęcie błędnych założeń przy opracowaniu oferty oraz kosztorysu przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu. W celu

szczegółowego przedstawienia powyżej zarysowanego problemu załączamy jako dowód do naszej oferty poświadczona za zgodność z oryginałem kopię pisma z dnia 22 października 2019 r. szczegółowo opisującego przyczyny odstąpienia. W ocenie AVR S.A. z siedzibą w Krakowie, błędy Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, a polegające na drastycznym zaniżeniu ilości odpadów objętych przedmiotem zamówienia, jak również negatywna postawa w stosunku do propozycji waloryzacji przedmiotowego wynagrodzenia Wykonawcy oraz brak woli współpracy na etapie realizacji kontraktu stanowiły główną przyczynę odstąpienia od przedmiotowej Umowy. Biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia przewidziany w Umowie oraz niechęć do jego waloryzacji, należałoby uznać iż Wykonawca został zmuszony do odbioru z terenu Gminy Chełmiec kilkaset procent większej ilości odpadów niż pierwotnie zakładał. W tym miejscu należy podkreślić, iż dalsza realizacja zamówienia bez zmiany warunków finansowych uwzględniających faktyczną ilość odpadów wytwarzanych miesięcznie na terenie Gminy Chełmiec, naraziłaby spółkę na ponoszenie kolejnych strat. Z uwagi na powyżej opisane okoliczności, brak woli waloryzacji wynagrodzenia AVR S.A., czy też zmiany wynagrodzenia za realizację Usługi Wykonawca musiał podjąć decyzję o odstąpieniu od przedmiotowej Umowy, zaś winą i negatywnymi konsekwencjami obarczać trzeba Zamawiającego, który wbrew ciążącemu na nim obowiązowi - przygotowując postępowanie - przedstawił dane liczbowe wprowadzające wykonawców w błąd co do ilości odpadów wytwarzanych na terenie Gminy każdego miesiąca. Wskazać należy także, iż w miesiącu lutym 2021 r. spółka AVR S.A. złożyła pozew przeciwko Gminie w Sądzie. Biegły powołany przez Sąd potwierdził zarzuty AVR S.A. W dniu 28.03.2024 r. Sąd Okręgowy w Nowym Sączu I Wydział Cywilny, w sprawie o sygn. akt: I C 524/21 wydał wyrok niemalże w całości zasądzający należność od pozwanej Gminy Chełmiec na rzecz powoda AVR S.A. Wyrok nie był prawomocny. Gmina Chełmiec zobowiązała się zapłacić Wykonawcy AVR S.A. - w wyniku ugody - stosowną kwotę.

W JEDZ drugiego konsorcjanta na oba pytania udzielono odpowiedzi „Nie”.

Wykonawca ZABERD Sp. z o.o. w oświadczeniu JEDZ na pytania objęte cz. III li C na wszystkie pytanie zaznaczył odpowiedź „Nie”.

ZABERD na rozprawie złożył dowody dotyczące umów zawartych w 2021, 2022 i 2024 r. na utrzymanie dróg zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie, Rejon Garwolin (umowa nr 315/2021 z 18.10.2021 r.), Rejon w Siedlcach (umowa nr 414 z 19.10.2022 r.), Rejon w Grójcu (umowa nr 1/2024 z 29.03.2024 r.). Przedstawił faktury wraz z protokołami odbioru i notami księgowymi dotyczące naliczonych kar umownych oraz korespondencję prowadzoną pomiędzy stronami umowy w zakresie stwierdzonych nieprawidłowości przy realizacji umowy.

Odwołujący nr 3 (konsorcjum Abramss/Z.Urbanowski) przedłożył na rozprawie dowody w postaci not księgowych i projektowanych postanowień umownych (Projekt Garwolin, Projekt Siedlce, Projekt Grójec). Odwołujący uzyskał w drodze udostępnienia informacji publicznej od GDDKiA na wniosek z 17.03.2025 r. zestawienie dotyczące naliczonych kar przy realizacji umów zawartych w postępowaniach przetargowych na całoroczne utrzymanie dróg, Rejon w Garwolinie, Rejon w Siedlcach, Rejon w Grójcu. Informacja GDDKiA z 25.03.2025 o karach określa ich wysokość oraz wskazuje naruszenia zobowiązania umownego, stanowi uzupełnienie informacji załączonej do odwołania z 30.12.2024 r., do której załącznikiem jest zestawienie naliczonych kar i potrąceń z podziałem na miesięczne okresy rozliczeniowe od marca 2019 r. do września 2024 r. Łączna wartość kar i potrąceń ujętych w zestawieniu wyniosła 3.396.000,00 zł przy wartości kontraktu 208.170.209,05 zł, stanowi 1,63%.

Konsorcjum AVR przedstawiło wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach XIV Wydział Gospodarczy z 28 marca 2024 r., sygn. akt XIV GC 184/22/MP miarkujący wysokość kar umownych nałożonych notą księgową nr 22 z 12 maja 2021 r. na podstawie umowy O.KA.D-3.2413.70.2018/2019 z 29 stycznia 2019 r. Wyrokiem ustalono, że nie istnieje zobowiązanie do zapłaty kary umownej wynikającej z noty do kwoty 550.000 zł, jednocześnie potwierdzone zostało zobowiązanie do zapłaty kary umownej wynikającej z noty księgowej w kwocie 30.000 zł. Ponadto, Sąd ustalił treść zobowiązania do zapłaty kary umownej za brak zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy, dalszemu podwykonawcy w wysokości 20.000 zł za każdy taki przypadek, przy czym postanowienie to dotyczy jedynie podwykonawców lub dalszych podwykonawców wykonujących części zamówienia publicznego w zakresie robót budowlanych.

Odwołania podlegały oddaleniu w całości.

Sygn. akt KIO 1125/25.

Zarzuty w odwołaniu z pkt 1 i 2 dotyczyły wspólnej podstawy faktycznej, jaką stanowiły okoliczności dotyczące realizowanej na rzecz GDDKiA umowy nr O.KA.D-3.2413.70.2018/2019 z 29.01.2019 r. na „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowice, Rejon w Pszczynie” i naliczonych kar umownych i potrąceń z wynagrodzenia. W ocenie odwołującego z samego określenia naruszenia umownego, za jakie naliczane były kary, jak i łącznej ich wysokości, możliwe było wykazanie

spełnienia przesłanek wykluczenia z postępowania objętych art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy (zarzut nr 1). Ponadto, brak wskazania w JEDZ informacji o naliczonych karach z tej umowy miało wypełniać przesłanki do wykluczenia konsorcjum AVR z postępowania objęte normą art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy (zarzut nr 2). Wykonawca nie poinformował bowiem zamawiającego o zdarzeniach, które mogły mieć istotne znaczenie z punktu widzenia wystąpienia podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy 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.

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

Oddalając zarzuty nr 1 i 2 Izba uznała, że okoliczności związane z wysokością kar i ich podstawą nie uzasadniają przyjęcia, że spełniają one przesłanki wykluczenia z postępowania, do których odnosił się odwołujący w zarzutach. Co do zasady odwołujący nie wykazał wystąpienia przesłanek objętych treścią norm art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy, co miało również znaczenie dla ustalenia, czy wykonawca mógł wprowadzić zamawiającego w błąd treścią oświadczeń składanych w JEDZ. Argumentacja prezentowana w odwołaniu zasadniczo sprowadzała się do tezy, że wystarczającym dla wypełnienia przesłanek wykluczenia z postępowania było ustalenie naruszenia obowiązku umownego, utrzymywanie się tego stanu i łączna wysokość kar i potrąceń. Odwołujący pominął całkowicie znaczenie, jakie z punktu widzenia podstawy wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy miał upływ czasu od zdarzenia, które stanowić ma podstawę wykluczenia, co nie zostało nawet odnotowane w odniesieniu do zestawienia kar i potrąceń, których początek obejmuje okres rozliczeniowy z marca 2019 r. Przyjęta w Ustawie regulacja ogranicza możliwość wykluczenia wykonawcy z uwagi na upływ czasu, co jak podkreśla Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z 14.11.2023 r., sygn. akt XXIII Zs 75/23, stanowi jedną z gwarancji realizacji zasady proporcjonalności i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sąd wskazał, że art. 111 pkt 4 Ustawy wyznacza okres maksymalny, w jakim może mieć miejsce wykluczenie wykonawcy z powodu danego zdarzenia, a upływ tego okresu powoduje, że zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy pomimo, że w stosunku do tego wykonawcy w przeszłości taka podstawa wykluczenia mogła zaistnieć/zaistniała. Po upływie okresu wskazanego w art. 111 pkt 4 Ustawy, rzetelność wykonawcy nie może być zatem podważana. Z powyższych regulacji wynika zatem, iż możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego lub naruszenie obowiązków zawodowych zależy nie tylko od zaistnienia okoliczności określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy lub art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy (przesłanka pozytywna), ale również od braku upływu okresu trzech lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, na co wskazuje art. 111 pkt 4 Pzp (przesłanka negatywna). Tylko i wyłącznie kumulatywnie spełnienie obu tych przesłanek warunkuje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. Ponieważ odwołujący całkowicie pominął kwestię związaną z wystąpieniem przesłanki negatywnej, analiza oparta wyłącznie na przesłance pozytywnej (art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy), nie mogła być skuteczna. Odwołujący bowiem, m.in. na podstawie łącznej wysokości kar wywodził znaczenie naruszeń obowiązków umownych, jako wyczerpujących podstawy wykluczenia, tj. poważnego naruszenia obowiązków zawodowych – z pkt 5, jak również istotnego zobowiązania umownego – z pkt 7. Ocena odwołującego nie uwzględniała również udziału łącznego wymiaru kar dla całego kontraktu, który GDDKiA w zestawieniu określiła na 1,63%.

Skoro odwołujący dążył do przekonania, że wykonawca podlegał wykluczeniu to spoczywał na nim ciężar wykazania wystąpienia przesłanek, analogicznie jak spoczywa to na zamawiającym, który decyduje o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Wytyczne stosowania przepisu wynikające przykładowo z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 23.10.2024 r., sygn. XXIII Zs 118/24 prowadzą do wniosku, że niewystarczającym jest ograniczenie się do ogólnych twierdzeń odnoszących się do niewłaściwej realizacji zamówienia. Sąd wskazał na potrzebę sprecyzowania przez zamawiającego, *które konkretnie zlecenia nie były wykonane, dlaczego nie zostały wykonane i w oparciu, o które konkretne postanowienia umowne zamawiający uznał nieprawidłową realizację zamówienia. Zamawiający nie może opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich określonych w przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz*

zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący nie sprostął tym obowiązkom, ograniczając swoją argumentację do wskazania na rodzaj naruszenia określony bardzo skrótowo w zestawieniu naliczonych kar i potrąceń, bez dalszej analizy kontraktu i znaczenia, jakie dla umowy utrzymaniowej mogły mieć zdarzenia, których wystąpienie prowadziło do naliczenia kar umownych. W kontrze do stanowiska odwołującego pozostawała analiza przystępującego po stronie zamawiającego, w tym przedstawiony dowód dotyczący zamiarkowanej kary nałożonej notą księgową nr 22, które podważały wnioski prezentowane w odwołaniu.

W szczególności nie zostało wykazane, aby zdarzenia, z których wystąpieniem wiązało się naliczenie kar umownych, pozwalały ocenić je jako istotne naruszenie obowiązków prowadzące do braku wykonania zobowiązania umownego. Koniecznym byłoby wykazanie nie tylko faktu naliczenia kar ale również, że charakter naruszenia, jego zakres, rozmiary naruszeń w tym długotrwałość uchybień w realizacji obowiązków umownych, pozwalały ocenić je jako wyczerpujące przesłanki ustawowe. Przedstawiony wyrok sądu w sprawie dotyczącej części naliczonych kar umownych wskazuje na konieczność uwzględnienia szczególnego charakteru usługi, jak również oceny przyjętego mechanizmu naliczania kar przy umowach na utrzymanie za każdy przewidziany w umowie przypadek. Nie można wyłącznie na podstawie wysokości kar, jak i ilości zdarzeń przesądzić o charakterze naruszeń i ich ocenie jako istotnych dla oceny wiarygodności wykonawcy. W przypadku usług utrzymaniowych może wystąpić bowiem szereg czynników, które nie zostały wywołane działaniem samego wykonawcy, a prowadziły np. do opóźnień, z których wystąpieniem wiązały się kary umowne. Słuszne są zastrzeżenia konsorcjum AVR dotyczące wliczenia, bez żadnego komentarza wszystkich potrąceń z wynagrodzenia do kar, jak również bez uwzględnienia okres zdarzeń, które prowadziły do naliczenia kar, co w świetle art. 111 pkt 4 Ustawy ma istotne znaczenie dla stwierdzenia ewentualnej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Sam fakt naliczenia kar i dokonania potrąceń z wynagrodzenia wykonawcy nie przesądza również o odszkodowawczym charakterze tych środków. Kluczowe znaczenie w świetle art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy ma ustalenie czy dana kara umowna pełni funkcję odszkodowawczą (kompensacyjną) czy nie (tak m.in. w wyroku SO w Warszawie z 6.03.2024 r., sygn. akt XXIII Zs 2/24). Koniecznym było zatem wykazanie, że po stronie zamawiającego doszło do szkody na skutek braku wykonania lub nienależytego wykonania świadczenia umownego. Samo zestawienie kar nie prezentuje informacji o szkodzie jaka miałaby powstać na skutek naruszenia obowiązków kontraktowych, za które można przypisać odpowiedzialność wykonawcy. Przedstawiony dowód w postaci wyroku miarkującego obowiązek zapłaty świadczenia z tytułu jednej z not księgowych wskazuje na konieczność analizy skutków naruszeń i ich znaczenia dla wymiaru ewentualnej szkody. Brak inicjatywy dowodowej w tym zakresie prowadził również do stwierdzenia, że nie zostało wykazane spełnienie wszystkich przesłanek ustawowych do wykluczenia konsorcjum AVR z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

W ocenie składu orzekającego, przy braku zasadności zarzutu z pkt 1 odwołania nie było podstaw do przyjęcia, że wykonawca mógł wprowadzić zamawiającego w błąd oświadczeniami złożonymi w JEDZ, w którym na pytanie dotyczące rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innej porównywalnej sankcji udzielił odpowiedzi „Tak”, jednak nie było ono identyfikowane przez pryzmat kar i umowy, do której odnosił się odwołujący w zarzucie nr 1. Odwołujący uzasadniając zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum AVR na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy wskazywał, że nie jest zależny od oceny zasadności zaistnienia podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy, gdyż istotnym pozostaje sam brak przekazania istotnych informacji, które mogły mieć potencjalne znaczenie dla oceny, czy wobec wykonawcy nie zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania przetargowego.

Zamawiający uwzględnił zarzut nr 2, na co sprzeciw wniósł przystępujący – konsorcjum AVR.

Oddalając w tej części odwołanie należy podzielić zasadność stwierdzenia odwołującego, że to wykonawca składając oświadczenie w JEDZ odpowiedzialny jest za prawidłową ocenę sytuacji, której dotyczą pytania. Brak profesjonalizmu w ocenie, czy też celowe pominięcie zdarzeń, które powinny skłonić do udzielenia odmiennej odpowiedzi na pytanie, stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy bądź na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 bądź 10 Ustawy. Nie oznacza to jednak, że dla oświadczenia w JEDZ nie ma znaczenia sama ocena zdarzenia, na podstawie którego odwołujący wnioskował o konieczności udzielenia innej odpowiedzi na pytanie w JEDZ dotyczące poważnego wykroczenia zawodowego, jak również braku wskazania przy odpowiedzi „Tak” na pytanie dotyczące odstąpienia od umowy, odszkodowania lub innej porównywalnej sankcji, na okoliczności związane z umową realizowaną na rzecz obecnego zamawiającego. Istotnym dla możliwości zastosowania podstawy wykluczenia, do której referuje odwołujący w zarzucie nr 2 pozostaje ustalenie, czy wykonawca udzielił prawidłowej odpowiedzi „Tak” lub „Nie”, co musi być powiązane z oceną konkretnych zdarzeń. Należy przy tym podkreślić, że w zarzucie odwołujący nawet nie wskazuje, że sytuacja dotycząca kontraktu, w którym nałożone zostały kary umowne prowadzi do wypełnienia przesłanki wykluczenia

z postępowania objętej przepisem art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Zarzut oparty został na samym stwierdzeniu zasadności przedstawienia zamawiającemu informacji, co miało pozwolić na samodzielną ocenę, czy wobec wykonawcy nie zachodzi podstawa do wykluczenia.

Nie ma w ocenie składu podstaw do wnioskowania, że odpowiedź na pytanie powinna być inna wyłącznie dlatego, że wykonawcy naliczone zostały przez zamawiającego kary umowne. Należy podkreślić, że konsorcjum AVR udzieliło odpowiedzi „Tak”, która w ocenie składu nie czyniła koniecznym opisywanie sytuacji dotyczącej kontraktu zawartego z GDDKiA nr O.KA.D-3.2413.70.2018/2019 z 29.01.2019 r. na „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Katowice, Rejon w Pszczynie” i naliczonych kar umownych i potrąceń z wynagrodzenia. Brak informacji miał stanowić o wprowadzeniu zamawiającego w błąd.

W ocenie składu orzekającego, w sytuacji w której wykonawca udzielił odpowiedzi „Tak” na jedno z pytań, nie można, nawet przyjmując odmienną ocenę kontraktu, niż prezentowana w kontekście zarzutu nr 1, stwierdzić, że zamawiający mógł być wprowadzony w błąd. Odpowiedź na pytanie nie mogła bowiem być inna niż „Tak”. Niezależnie od tego, w ocenie składu wnioski odwołującego oparte były na nieprawidłowej wykładni przepisu i przyjęcia, że ocena oświadczenia w JEDZ nie ma związku z przesłanką, której dotyczy odpowiedź. Odwołujący podkreślał wyłącznie znaczenie samej informacji o kontrakcie, której zamawiający nie otrzymał w ramach udzielonych odpowiedzi bez uwzględnienia potrzeby zweryfikowania, czy faktycznie odpowiedź była prawidłowa. Skład orzekający przyjął wypracowaną w orzecznictwie tezę, że pytania w JEDZ nie mają charakteru abstrakcyjnego i są powiązane z konkretną sytuacją podmiotu i służą ocenie jego wiarygodności na podstawie dotychczasowej działalności zawodowej na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stosowanych podstaw wykluczenia. Przykładowo w wyroku z 9.11.2023 r., sygn. akt XXIII Zs 89/23, Sąd Zamówień Publicznych wskazał, że pytaniew *JEDZ nie jest abstrakcyjnym, odnoszącym się do wszelkich innych przypadków przebiegu realizacji przeszłych umów. I. nie był zobowiązany do podania wszystkich informacji, całej historii zawartych umów aby dopiero zamawiający po zbadaniu tej historii mógł dokonać oceny przyczyn rozwiązania umów i stwierdzić, czy zachodzą przesłanki do wykluczenia.* Tym samym, wskazując na wprowadzenie zamawiającego w błąd odwołujący zobowiązany był wykazać, że odpowiedź na pytanie w JEDZ nie była prawidłowa w kontekście kontraktu realizowanego na rzecz tego samego zamawiającego. Nie budzi w ocenie składu orzekającego wątpliwości, że dla oceny, czy doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd znaczenie wiodące ma informacja, do której odnosił się odwołujący. Oznacza to zatem, że ocena powinna być ukierunkowana na konkretne zdarzenie, co odwołujący odnosił do kontraktu i naliczonych kar umownych. W sytuacji, kiedy nie zostało wykazane, że poszczególne kary miały charakter odszkodowawczy, nie da się stwierdzić, że odpowiedź na pytanie w JEDZ była nieprawdziwa i wprowadzała mylne przekonanie u zamawiającego co do braku podstaw wykluczenia z postępowania.

Co istotne dla tej sprawy odwołujący podnosząc zarzut z pkt 1 nie wykazał, aby zaistniałe kary prowadzić mogły do odmiennej oceny stanu faktycznego, niż dokonana przez wykonawcę, co pozwoliłoby przyjąć, że zasadnym było udzielenie innej odpowiedzi na pytania w JEDZ i przedstawienie zamawiającemu informacji o karach i okolicznościach, w jakich doszło do ich naliczenia. W ocenie składu, z uwagi na sankcyjny charakter przepisu, nie może być wystarczającym dla zarzutu dotyczącego wprowadzenia w błąd zamawiającego samo oparcie się na stwierdzeniu, że zamawiający został pozbawiony możliwości samodzielnej oceny sytuacji wykonawcy. Sama możliwość oceny miałaby znaczenie w przypadku wykazania, że wobec wykonawcy zachodzi podstawa do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy, co pozwalałoby dopiero podważyć decyzję wykonawcy o nieinformowaniu zamawiającego o zdarzeniu wyczerpującym przesłankę do wykluczenia.

Ponadto, należy również zauważyć, że zamawiający miał pełną wiedzę o kontrakcie, którego jest stroną i w którym toczą się sprawy sądowe o zasadność naliczonych kar i nie zdecydował o wykluczeniu wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy. Nawet w sytuacji, gdyby uznać, że kary mogły mieć charakter odszkodowawczy (czego odwołujący nie wykazał), to koniecznym byłoby również rozważenie, czy obiektywnie ten zamawiający mógł być wprowadzony w błąd. Jak wskazał bowiem Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 09.05.2024 r., sygn. akt XXIII Zs 47/24 potrzeba udzielenia innej odpowiedzi może nie uzasadniać wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy z uwagi na tożsamość podmiotową zamawiającego, jako prowadzącego postępowanie przetargowe i strony umowy, w której miało dojść do naliczenia kar o charakterze odszkodowawczym. W ocenie sądu trudno w takiej sytuacji uznać, że zamawiający mógł zostać wprowadzony w błąd co do informacji, które w istocie stanowiły przejaw jego własnej decyzji o nałożeniu kar. Z przyczyn obiektywnych nie mogło w tej sytuacji dojść do wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Zarzut nr 3 w odwołaniu dotyczył zaniechania wezwania na podstawie art. 224 ust. 1 i ust 2 pkt 1 Ustawy do wyjaśnienia ceny w związku z podejrzeniem zaoferowania rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców: konsorcjum AVR, Zaberd Saferoad w zakresie części 1 zamówienia. Podstawa do wezwania miała wynikać z różnicy cen do wartości

szacunkowej zamówienia, która przekraczała 30 %, jak również z obiektywnej wątpliwości wynikającej z rozbieżności pomiędzy cenami, a szacunkową wartością zamówienia, a także średnią arytmetyczną ofert nie podlegających odrzuceniu. W uzasadnieniu odwołujący porównywał ceny ofertowe z wartością szacunkową zamówienia, która obejmowała nie tylko wartość zamówienia podstawowego i opcji (wyceniane w ofercie) ale także wartość zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 Ustawy, wskazując na różnicę przekraczającą 30%, co miało uzasadniać obowiązkowe wezwanie do złożenia wyjaśnień wykonawców. W ocenie odwołującego nie zachodziły również okoliczności, które mogłyby uzasadniać odstąpienie od wezwania. Odwołujący załączył własne wyliczenia w odniesieniu do budżetu zamówienia.

Izba oddaliła zarzut, którego uzasadnieniem było ustalenie występującej różnicy cen ofert do wartości szacunkowej zamówienia, jak również budżetu zamówienia. Argumentacja odwołującego w zasadzie prowadziła do wykazania, że na podstawie wyjaśnień wykonawców mogłoby okazać się, że ceny są rażąco niskie, a tym samym brak wezwania do ich złożenia uniemożliwiał rzetelną ocenę ofert.

Punktem odniesienia dla oceny czynności w postępowaniu była czynność szacowania wartości zamówienia, którą zamawiający aktualizował w trakcie postępowania w związku z upływem ważności pierwotnego szacowania, jak i wprowadzoną zmianą zakresu prac. Pomimo dokonanej aktualizacji, zamawiający uznał, że wartość ta była przeszacowana w stosunku do aktualnych cen rynkowych, złożonych w ofertach, co doprowadziło zamawiającego do stanowiska o braku podejrzenia zaoferowania rażąco niskich cen w ofertach złożonych w postępowaniu.

Izba wskazuje na wstępie, że porównywanie wartości szacunkowej, która obejmowała dodatkowo wartość zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 Ustawy, z wartością ofert, powinno uwzględniać różnicę wynikającą z wyceny w ofertach wartości samego zamówienia podstawowego oraz opcji. Nie można traktować jako miarodajnego wskaźnika, jeżeli ten nie obejmuje tożsamego zakresu wyceny i szacowania przez zamawiającego. Nie miało to jednak zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiocie zarzutu, w którym odwołujący nie wykazał poza wskazaną różnicą cen na istnienie uzasadnienia dla przyjęcia, że może zachodzić podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny lub jej istotnej składowej. Stanowisko odwołującego nie uwzględniało również mechanizmu badania cen przyjętego w Ustawie na gruncie przepisów art. 224.

Izba uznała, że okoliczności dotyczące tego postępowania pozwalały zamawiającemu skorzystać z możliwości odstąpienia od obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień, co ustawodawca dopuszcza również w przypadku przekroczenia progu 30% różnicy ceny, czy to do wartości szacunkowej zamówienia, czy też średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert nie podlegających odrzuceniu. W przypadku różnicy ceny występującej wyłącznie w odniesieniu do wartości szacunkowej ustawodawca dostrzegł możliwość wystąpienia okoliczności, które mogłyby wpływać na szacowanie wartości zamówienia po jego wszczęciu. Przykładowa zmiana cen rynkowych może stanowić jedną z takich okoliczności, prowadzącą do aktualizacji szacunków zamawiającego.

Zamawiający powołał się na dokonaną po wszczęciu postępowania aktualizację wartości szacunkowej, która pozwala zamawiającemu na odstąpienie od obowiązku wezwania bez wykazywania oczywistych okoliczności, które miałyby uzasadniać występującą rozbieżność cen w stosunku do szacowanej wartości zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 224 ust. 2 pkt 2 Ustawy zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1 bez żadnych dodatkowych wytycznych, które wiązałyby zamawiającego w ocenie potrzeby uzyskania wyjaśnień. W szczególności przeszacowanie zamówienia nie musiało być przez zamawiającego wykazane, jako okoliczność oczywista uzasadniająca rozbieżność cen. Samo szacowanie zamówienia, jak i jego aktualizacja dokonana po wszczęciu postępowania nie musiała oddawać poziomowi cen, jaki został ostatecznie zaoferowany, aby skorzystać z możliwości wezwania do wyjaśnień. Złożone oferty wskazały zamawiającemu poziom rynkowy cen, co miało odzwierciedlenie w kilku zbieżnych wycenach, znacząco niższych od szacowanej wartości zamówienia. Stanowiło to istotną z punktu widzenia czynności oceny ofert okoliczność. Poziom wyceny co najmniej w pięciu z dziewięciu złożonych na część 1 zamówienia ofert był do siebie zbliżony, co uwzględniając charakter usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, urealniło założenia zamawiającego przyjęte na wcześniejszym etapie postępowania. Odnosząc się do wszystkich dziewięciu ofert i średniej arytmetycznej cen, wyliczonej z uwzględnieniem ofert również odrzuconych, różnica ceny oferty wybranej do tej średniej wynosi 17, 53%, a w stosunku do średniej ofert pozostałych w ocenie już tylko 4,5%. Powyższe wskazywało na podstawę dla uznania przez zamawiającego, iż nie zachodzi podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny, uzasadniające wezwanie do wyjaśnienia. W odwołaniu nie zostało wykazane, w jakim zakresie wycena prac mogłaby uzasadniać podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny, jako istotnej składowej ceny oferty. Wyliczenia własne odwołującego odnoszone zresztą do przeszacowanego budżetu zamawiającego, nie miały obiektywnie znaczenia dowodowego. Tym samym zarzut oparty na samym porównaniu cen z wartością szacunkową zamówienia, nie mógł podważyć okoliczności uzasadniającej odstąpienie, jaką był faktyczny poziom cen zaoferowanych w postępowaniu prezentujący aktualny poziom

cen rynkowych.

Sygn. akt KIO 1130/25.

Zarzuty w odwołaniu skierowane zostały wobec zaniechania wezwania do wyjaśnienia cen oferty wybranej w części 1 zamówienia (konsorcjum AVR), jak również ofert pozostałych w ocenie ofert (w tym oferty odwołującego) na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Ustawy. Uzasadnieniem dla wezwania o wyjaśnienia miała być różnica ceny do szacowanej wartości zamówienia, co miało aktywować obowiązek po stronie zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy. Ponieważ zamawiający nie odniósł się w protokole do wystąpienia okoliczności, które powodowałyby brak potrzeby wyjaśnienia różnicy, miało to pozbawiać uzasadnienia dla odstąpienia od wezwania. W ocenie odwołującego, aktualizacja wartości szacunkowej nie mogła zwalniać z obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień przy występującej różnicy przekraczającej 30% od wartości szacunkowej lub średniej arytmetycznej cen. Odwołujący przedstawił również zestawienie odbiegających cen w ofercie konsorcjum AVR od kosztorysu inwestorskiego, które miałyby uzasadniać podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny i wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Ustawy.

Aktualna pozostaje argumentacja przedstawiona przy analogicznym zarzucie odwołania o sygn. akt KIO 1125/25 i regulacji art. 224 ust. 2 pkt 2 Ustawy. Podsumowując, Izba wskazuje, że dokonana przez zamawiającego aktualizacja wartości szacunkowej zamówienia po wszczęciu postępowania, a przed otwarciem ofert, pozwalała na odstąpienie od wezwania do wyjaśnień, bez konieczności wykazywania szczególnych okoliczności uzasadniających występującą różnicę cen do wartości szacunkowej zamówienia. To poziom cen rynkowych pięciu ofert był wytyczną dla oceny, czy nie zachodzi podstawa do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień. Jedynym argumentem odwołującego na pozbawienie znaczenia dokonanej aktualizacji, było wskazanie na możliwość kosmetycznej zmiany wartości w celu uniknięcia obowiązku wezwania do wyjaśnień, jak również decydujące znaczenie różnicy przekraczającej 30% do wartości szacunkowej zamówienia. Stanowisko odwołującego zasadniczo umniejsza znaczenie przepisu, który został wprowadzony do Ustawy w celu uzupełnienia instytucji badania cen odbiegających od wartości szacunkowej zamówienia o ponad 30%. Samo stwierdzenie poziomu różnicy przekraczającego próg ustawowy nie oznacza, że zamawiający jest zobligowany na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 2 Ustawy do wezwania o wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1 przepisu. W sytuacji, gdy zamawiający nie znajduje uzasadnienia do skierowania wezwania do wyjaśnień, ich treść zasadniczo nie będzie miała na celu rozwiania wątpliwości, które powinny być zakomunikowane w wezwaniu. Jeżeli odwołujący dąży do wykazania podstawy dla wezwania, to po jego stronie spoczywał ciężar wykazania podstawy do powzięcia podejrzenia, co identyfikowałoby zakres wyjaśnień. Sama różnica ceny nie jest niczym więcej niż potwierdzeniem stanu faktycznego (różnicy ceny do wartości szacunkowej – kosztorysu inwestorskiego), z którym wystąpieniem może wiązać się obowiązek wezwania do wyjaśnień ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Ustawy.

Sygn. akt KIO 1131/25.

Zarzuty w odwołaniu dotyczą oceny oferty wybranej na część 2 zamówienia (Zaberd), który to wykonawca podlegać miał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, w sytuacji gdy wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w zakresie braku podstaw wykluczenia z postępowania, poprzez nieujawnienie sytuacji w których na Zaberd nałożone zostały kary umowne, co niewątpliwie powinno zostać notyfikowane zamawiającemu w JEDZ.

Ponieważ wykonawca w JEDZ na pytanie dotyczące rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innej porównywalnej sankcji zaznaczył odpowiedź NIE zamawiający miał zostać wprowadzony w błąd. Odwołujący wskazał na kontrakty realizowane na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie, przy realizacji których naliczone zostały kary umowne (Projekt Garwolin, Projekt Grójec, Projekt Siedlce), ich wysokość i rodzaj naruszenia obowiązku umownego. Wskazując na praktykę rynkową i orzecznictwo, w którym podkreśla się znaczenie potrzeby udzielenia informacji, które zamawiający będzie miał możliwość ocenić pod kątem wypełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, odwołujący kwestionował prawidłowość samej odpowiedzi, niezależnie od oceny sytuacji, w jakich doszło do naliczenia kar umownych. Uchybienia w realizacji projektów miałyby w ocenie odwołującego świadczyć o systemowych zaniedbaniach w organizacji pracy, a także o uporczywym lekceważeniu istotnych obowiązków umownych. Obszerność argumentacji zasadniczo wypełniając cytowane orzeczenia KIO i opinie co do stosowania przepisu. Odwołujący nie odniósł się szczegółowo do uchybień podsumowując je krótkim komentarzem.

Oddalając odwołanie, skład orzekający kierował się motywami stosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10, prezentowanymi przy zarzucie z odwołania o sygn. akt KIO 1125/25, które pozostają aktualne również dla oceny oświadczenia Zaberd, który udzielił odpowiedzi NIE na pytanie w JEDZ. Wykonawca ten przedłożył na rozprawie korespondencję dotyczącą nałożonych kar umownych, w tym protokoły odbiorów, w których potwierdzano należytą

realizację świadczenia z dodatkowymi uwagami, do czego odwołujący się nie odniósł. Zarzut w odwołaniu opierał się na samym braku notyfikowania w JEDZ faktu naliczenia kar umownych, co wymagałoby udzielenia twierdzącej odpowiedzi na pytanie i następnie pozwoliłoby zamawiającemu na ocenę wiarygodności wykonawcy.

Uzupełniając argumenty prezentowane wcześniej, co do potrzeby powiązania podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy z przesłanką objętą pkt 7 tego przepisu (co sam odwołujący objął zarzutem nr 1), skład orzekający uznał, że udzielenie odpowiedzi NIE na pytanie w JEDZ nie mogło być podważone wyłącznie wskazaniem na kary umowne bez wykazania ich znaczenia z punktu widzenia oceny wiarygodności wykonawcy. Stanowisko odwołującego zasadniczo zmierzało do przekonania, że wprowadzającym w błąd zamawiającego było zaniechanie przekazania informacji o karach naliczonych przy projektach realizowanych na rzecz GDDKiA Oddział w Warszawie. Wskazując na praktykę rynkową, w tym własną przyjętą w tym postępowaniu, odwołujący uznawał jako prawidłowe zaznaczenie odpowiedzi „Nie” i przedstawienie informacji o naliczonych karach, co miałoby umożliwić zamawiającemu samodzielną ocenę czy nie zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Odwołujący z ostrożności dokonał samooczyszczenia podkreślając przy tym, że nie każda kara umowna będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7.

Izba uznała, że stosowane w praktyce działanie wykonawców polegające na przedstawianiu z ostrożności samooczyszczenia, dla sytuacji, które nie miałyby wyczerpywać przesłanki wykluczenia objętej przepisami Ustawy (tu art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy) nie stanowi prawa i nie może być wytyczną dla oceny oświadczeń Zaberda w tym postępowaniu. Izba dostrzega problem w stosowaniu przepisów art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy, który wynika zasadniczo z odmiennego brzmienia pytania zredagowanego w JEDZ i brzmienia przesłanki krajowej wykluczenia wykonawcy, której weryfikacji służyć ma oświadczenie wstępne. Nie budzi przy tym wątpliwości, że pytanie w JEDZ pozostaje w związku z konkretną przesłanką wykluczenia wykonawcy, a konstrukcja formularza zakłada potrzebę opisanie sytuacji objętej pytaniem jak i możliwość skorzystania z samooczyszczenia w sytuacji odpowiedzi twierdzącej. Wskazuje na to formularz JEDZ odwołującego, w którym po zaznaczeniu odpowiedzi „Nie” brak jest dalszych informacji, które wykonawca załączył w odrębnym dokumencie „Samooczyszczenia”. Dla zachowania spójności oceny oświadczenia nie można w tej sytuacji samej odpowiedzi na pytanie w JEDZ traktować jako wystarczającej podstawy do wykluczenia z postępowania. Ustawodawca w art. 109 ust. 1 pkt 8 Ustawy odnosi się do wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji. Są to zatem informacje wprost referujące do konkretnego zdarzenia, z którego wystąpieniem może wiązać się sankcja w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania. Sama zatem odpowiedź na pytanie, w którym nie ma odniesienia do wszystkich elementów normy prawnej mogącej mieć zastosowanie, nie może być automatycznie rozstrzygająca przy ocenie czy doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd. Przyjmując argumenty odwołującego należałoby uznać, że również on swoim oświadczeniem w JEDZ, w którym zaznaczył odpowiedź „Nie” wprowadził zamawiającego w błąd, skoro dokonał samooczyszczenia. Oświadczenie takie przestaje być spójne i jasne dla zamawiającego. W ocenie składu istotnym pozostaje zawsze ustalenie, czy w okolicznościach dotyczących konkretnych zdarzeń wykonawca powinien udzielić innej odpowiedzi na pytanie w związku z potrzebą oceny, czy nie zachodzi podstawa do jego wykluczenia z postępowania.

Odnosząc się zatem do sytuacji kontraktowej Zaberda, skład orzekający uznał, że wykonawca ten w sposób logiczny i przekonujący wykazał, że samo naliczenie kar w oparciu o zapisy stosowane w kontraktach GDDKiA na utrzymanie dróg nie przesądza o ich odszkodowawczym charakterze i pozostałych przesłankach, z których wystąpieniem wiąże się sankcja wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Pomimo różnicy w brzmieniu pytania w JEDZ zawiera ono odesłanie, m.in. do odszkodowawczego charakteru sankcji, co wyznacza zakres odpowiedzi. Pytanie nie odnosi się zatem do każdego przypadku naliczenia kary umownej i odpowiedź „NIE” nie oznacza, że wykonawca celowo ukrywa informacje o karach umownych. Mając na uwadze cel oświadczenia składanego w JEDZ, jakim jest weryfikacja podmiotowa wykonawcy, nie może być ono oceniane w innym wymiarze niż określony w przepisach krajowych. Sam odwołujący przyznał, że to wykonawca dokonuje oceny sytuacji podmiotowej wskazując w JEDZ odpowiedź, za co bierze odpowiedzialność. Dopiero w przypadku wykazania podstawy do podważenia oświadczenia można uznać, że zamawiający został wprowadzony w błąd lub mógł zostać wprowadzony w błąd treścią oświadczenia. Nie jest to ocena oderwana od sytuacji podmiotowej wykonawcy i nie można jej utożsamiać z samą potrzebą weryfikacji oświadczenia przez zamawiającego. Możliwość wprowadzenia w błąd może mieć zatem miejsce, jeżeli możliwe jest stwierdzenie wystąpienia wobec wykonawcy podstawy wykluczenia, do której odnosi się pytanie w JEDZ i referuje do niej w zarzucie sam odwołujący, tj. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Przyjęcie za wystarczające do wykluczenia z postępowania wykonawcy samo wskazanie na możliwość wprowadzenia w błąd, bez wykazania znaczenia informacji dla oceny podmiotowej wykonawcy, prowadziłoby do wypaczenia weryfikacji podmiotowej na podstawie wstępnego oświadczenia. Odwołujący całkowicie pominął dowody złożone przez Zaberda, które podważają ocenę bardzo ogólnie

prezentowaną w odwołaniu, w oderwaniu od pełnego obrazu naruszeń i warunków realizacji umów. Jak podsumował Zaberd na wszystkich trzech projektach wykonał 1681 zleceń i w 28 zleceniach nastąpiły opóźnienia, które zostały odnotowane w protokołach. Protokoły potwierdzają prawidłowe wykonanie i odbiór natomiast przy stwierdzeniu jakiegoś opóźnienia jest o tym informacja i kara. Odwołujący umniejsza znaczenie wysokości kar, jednocześnie podkreślając ich powtarzalność, co nie oddaje faktycznego kontekstu świadczenia i jego warunków. Fakt, że zamawiający w umowie określa karę „za zwłokę” i w ten sposób egzekwuje później naliczane kary, nie oddaje charakteru naruszenia.

Przedstawione przez Zaberd na rozprawie dowody nie przekonują o potrzebie odmiennej oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy, która uzasadniać miałaby odmienną odpowiedź na pytanie w JEDZ.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania i obciążyła nimi odwołujących oraz uzasadnione koszty zamawiającego i wykonawców zgłaszających sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w całości w sprawie KIO 1131/25 oraz w części w sprawie KIO 1125/25, wykazane rachunkami złożonymi do każdej ze spraw oddzielnie w wysokości łącznej 13.200,00 zł. Izba pomniejszyła wysokość wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego o 1/3 (tj. 1200 zł) w sprawie KIO 1125/25, w związku z oddaleniem zarzutu, który zamawiający uwzględnił i przegrał w tym zakresie spór.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....