**Sygn. akt: KIO 2153/23**

**WYROK**
**z dnia 8 sierpnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach**

**Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska**

**Anna Osiecka-Baran**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2023 r. przez wykonawcę: **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie**

przy udziale: wykonawcy **Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego S.A. z siedzibą w Dębicy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego STRABAG Sp. z o.o. 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 odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od odwołującego STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego S.A. z siedzibą w Dębicy, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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 2153/23**

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", na realizację zadania pn.: „Przebudowa/rozbudowa DW 881 na odcinku Kańczuga — Pruchnik — etap II", numer referencyjny postępowania: PZDW/WZP/3052/243/WI/1/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8.03.2023 r. pod numerem 2023/S 048-141582. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 12.07.2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy.

W dniu 24 lipca 2023 roku wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwany dalej: „odwołującym", wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na zaniechania i czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu, polegające na wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu pomimo, że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona,

albowiem wykonawca ten podlega wykluczeniu.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PDM Dębica pomimo spełnienia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia z postępowania w związku z faktem, iż PDM Dębica z przyczyn leżących po jego stronie długotrwale nienależycie wykonał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy o zamówienie publiczne, tj. umowy zawartej 23.10.2020 r. z Zarządem Drogowym w Dąbrowie Tarnowskiej (nr 34/2020) na wykonanie zadania pn.: „Przebudowa drogi powiatowej w miejscowości Bolesław w km 10+910 — 11+885, powiat dąbrowski", tj. dopuścił się zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wymiarze 243 dni co doprowadziło do naliczenia kary umownej, z tytułu zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości, w wysokości 20% ceny ofertowej brutto tj. kary odpowiadającej wysokości maksymalnych kar umownych przewidzianych w ww. umowie;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PDM Dębica pomimo spełnienia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia z postępowania w związku z faktem, iż PDM Dębica w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, tj. dopuścił się zwłoki wymiarze 243 dni w wykonaniu przedmiotu umowy z 23.10.2020r. nr 34/2020 zawartej z Zarządem Drogowym w Dąbrowie Tarnowskiej na wykonanie zadania pn.: „Przebudowa drogi powiatowej w miejscowości Bolesław w km 10+910 — 11+885, powiat dąbrowski", co podważa jego uczciwość szczególnie wobec faktu zatajenia tej informacji w przedmiotowym postępowaniu;

3)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i w zw. art. 109 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PDM Dębica pomimo spełnienia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia z postępowania albowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, PDM Dębica przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, zatajając informacje dotyczące wystąpienia w stosunku do tego wykonawcy okoliczności wskazanych w pkt 1 i 2 zarzutów, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowanie przez zamawiającego w postępowaniu albowiem dotyczyły podstaw wykluczenia PDM Dębica z postępowania wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) Pzp;

4)art. 16 pkt 1, 2 Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty PDM Dębica, który podlega wykluczeniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, proporcjonalności, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez PDM Dębica, jako oferty najkorzystniejszej;

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu;

3)odrzucenie oferty PDM Dębica z postępowania jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;

4)dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

oraz o:

5)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz przedstawionych na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący wskazywał, że w rozdziale VII SWZ w punkcie 1 zamawiający przewidział, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp oraz w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10. Jednocześnie – w punkcie 2 – zamawiający w zakresie przesłanek wykluczenia przewidział obowiązek złożenia oświadczenia w części III sekcja D JEDZ „Podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym".

Odwołujący wskazał, że wykonawca PDM Dębica złożył dokument JEDZ z 25 maja 2023r., który zawiera informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, a jednocześnie mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Mianowicie w dokumencie JEDZ, w części III sekcja C wykonawca w odpowiedzi na pytanie o to „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? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:" udzielił odpowiedzi przeczącej.

Zdaniem odwołującego, wbrew oświadczeniu, wykonawca PDM Dębica dopuścił się nienależytego wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do nałożenia na niego kar umownych. Okoliczność ta, w

ocenie odwołującego, nie tylko wyczerpuje przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, ale wobec zatajenia tego faktu w ofercie w analizowanym stanie faktycznym wyczerpana jest również dyspozycja art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, co w konsekwencji powinno powodować odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp: zamawiający, o ile tylko wskazał to w ogłoszeniu, wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, jak i poglądami doktryny, dyspozycją powołanego przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy objąć m.in. naliczone wykonawcy kary umowne. Odwołujący na potwierdzenie swojego stanowiska przytoczył fragmenty komentarzy do ustawy Pzp, jak i wyrok KIO z 19.11.2021 r., sygn. akt: KIO 3078/21 oraz wyrok KIO z 28.03.2022 r., sygn. akt: KIO 665/22.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że zgodnie z SWZ zamawiający miał badać każdy przypadek indywidualnie w zakresie składanych oświadczeń w części III sekcja D JEDZ „Podstawy wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym". Zdaniem odwołującego, postanowienia SWZ oddają w istocie sens i cel zamieszczenia informacji w JEDZ m.in. o karach umownych — jest nim umożliwienie zamawiającemu dokonania indywidualnej oceny każdego takiego przypadku opisanego w JEDZ właśnie w celu zweryfikowania, czy są to przypadki o których mowa we wprowadzonych do postępowaniach fakultatywnych przesłaniach wykluczenia. Na potwierdzenie swojego stanowiska powołał się na wyrok KIO z 5.09.2022 r., sygn. akt: KIO 2214/22. Odwołujący zauważył też, że w orzecznictwie Izby podkreśla się istotę oświadczenia zamieszczonego w JEDZ jako źródła informacji, które mają zostać poddane w konkretnym postępowaniu ocenie zamawiającego (wyrok KIO z 2.02.2023r., sygn. akt 171/23; wyrok KIO z 14.03.2022 r., sygn. akt: KIO 449/22). Odwołujący podniósł, iż podmiotem uprawnionym do oceny czy określone odszkodowanie — w tym kara umowna — wyczerpuje dyspozycję art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie jest wykonawca na którego nałożony został obowiązek zapłaty takiego odszkodowania ale zamawiający. Każdy przypadek nałożenia odszkodowania czy porównywalnych sankcji mających obiektywne cechy opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek jego ujawniania w odpowiedzi na pytanie formularza JEDZ - po to aby został on poddany ocenie zamawiającego. Tylko taki schemat działania pozwala na zachowanie zasady równego traktowania wykonawców, zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania. Odwołujący podkreślił też, że udzielenie pozytywnej odpowiedzi na przywoływane wyżej pytanie nie generuje automatycznego skutku w postaci wykluczenia, nie pozbawia również wykonawcy możliwości przedstawienia w formularzu szczegółowych informacji dotyczących zdarzenia z przeszłości związanego z nałożeniem odszkodowania. Dalsza część pytania formularza brzmi bowiem: „Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat".

Odwołujący wskazał również, że dla dokonania prawidłowej wykładni warto porównać treść pytania formularza JEDZ z pytaniem skorelowanym z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. pytaniem o to: „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego". Treść tego pytania zawiera element oceny skierowany do adresata pytania, podczas gdy treść pytania formularza JEDZ dotyczącego art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to pytanie o zdarzenia nie o ich ocenę. Takim zdarzeniem, w opinii odwołującego, jest m.in. naliczenie kary umownej w związku z wcześniejszym nienależytym wykonaniem umowy. To zdaniem odwołującego, tym bardziej uzasadnia przyjęcie, że to nie wykonawca, ale zamawiający ma dokonać oceny, czy określone zdarzenia związane z nienależytym wykonaniem umowy czy jej niewykonaniem wyczerpują dyspozycję fakultatywnych przesłanek wykluczenia, ale podstawą dokonania takiej oceny mogą być jedynie informacje przedstawione przez wykonawcę w odpowiedzi na pytanie formularza JEDZ.

W dalszej części uzasadnienia odwołania odwołujący odniósł się do kary umownej nałożone na wykonawcę PDM Dębica w związku z realizacją umowy z 23.10.2020 r. zawartej z Zarządem Drogowym w Dąbrowie Tarnowskiej (nr 34/2020) na wykonanie zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej w miejscowości Bolesław w km 10+910 — 11+885, powiat dąbrowski" i zasadności zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 7 ustawy Pzp w związku z nienależytym wykonaniem przez PDM Dębica ww. umowy.

Odwołujący podał, że według informacji udostępnionych przez Zarząd Drogowy w Dąbrowie Tarnowskiej, notą obciążeniową z 2 sierpnia 2022 r. na PDM Dębica naliczona została kara umowa za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, o której mowa powyżej. Zwłoka wyniosła 243 dni w stosunku do terminu umownego a wysokość naliczonej kary umownej — zastrzeżonej jako 0,2% ceny ofertowej brutto osiągnęła maksymalny limit kar umownych tj. 20% ceny ofertowej brutto i wyniosła 471 000, 90 zł.

Odwołujący podkreślił przy tym, że kara w wysokości 20% ceny ofertowej brutto przy karze za dzień zwłoki w

wysokości 0,2% ceny ofertowej brutto odpowiada karze za 100 dni zwłoki, podczas gdy PDM Dębica - jak wynika z noty odsetkowej - przekroczyła termin wykonania umowy z przyczyn objętych swoją odpowiedzialnością o 243 dni, co powoduje, że wysokość kary umownej obliczonej bez limitu wynosi 48,6 %. Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z dokumentacją przetargową wykonawca zadania PDM Dębica miał zakończyć roboty w terminie do 31 września 2021 r., zaś termin rozpoczęcia wykonywania przedmiotu zamówienia ustalony został od dnia 31 marca 2021 r. Powyższe oznacza, że w sytuacji, gdy termin wykonania umowy na realizację zadania pn. „Przebudowa drogi powiatowej w miejscowości Bolesław w km 10+910 — 11+885, powiat dąbrowski" wynosił 183 dni, zwłoka PDM Dębica w wykonaniu zobowiązań umownych wyniosła o 60 dni więcej niż sam okres realizacji.

Odwołujący podniósł, iż sytuacja, w której wykonawca zostaje obciążony karą umowną na okres dłuższy niż okres realizacji umowy nie może 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. Natomiast 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 – w ocenie odwołującego - nie powinno pozostawiać wątpliwości. Odwołujący przyznał, iż w orzecznictwie na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy 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 (wyrok KIO z 2 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 427/23), a jednocześnie podkreślił, że w przypadku powołanej powyżej umowy należy mówić o nie wykonaniu całości zobowiązania w terminie. Ponadto, oceniając skalę nienależytego wykonania — w tym przypadku w kwalifikowanej postaci długotrwałego nienależytego wykonywania umowy - należy wziąć pod uwagę czasookres przekroczenia terminu wykonania, tj. 243 dni w sytuacji, gdy termin realizacji umowy był o 60 dni krótszy. Tym samym, w ocenie odwołującego, przypadek nienależytego wykonania przez PDM Dębica umowy wyczerpuje wszystkie przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego, jest to również przypadek, który należy poddać ocenie w kontekście art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyrok KIO z 11 lipca 2022r., sygn. akt.: KIO 1606/22, w którym odniesiono się do tego jak należy rozumieć poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Odwołujący, powołując się na poglądy doktryny i ww. orzeczenie, dodał, że w zakres poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wchodzi 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:
1) wykonawca nie wykonał zamówienia — a więc umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o zamówienie publiczne — lub wykonał je nienależycie;
2) 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.

Podsumowując swoje wywody w tym zakresie odwołujący stwierdził, że zwłoka w wykonaniu całości zadania wynosząca 243 dni, a więc przekroczenie terminu wykonania z powodu okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność stanowi co najmniej o rażącym niedbalstwie PDM Dębica, a tym samym o spełnieniu się przesłanek zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Następnie odwołujący przedstawił uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że nie sposób uznać, aby brak wzmianki o naliczonych karach był wynikiem wyłącznie omyłki, tym bardziej, że należałoby tu zastosować podwyższony miernikiem staranności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), który nakłada na podmioty będące profesjonalistami obowiązek rzetelnego i skrupulatnego przygotowania ofert przetargowych, w których deklarowany stan rzeczy będzie odpowiadać rzeczywistości. Odwołujący zauważył, iż informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są 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.

Powołał się przy tym na wyrok Sądu Najwyższego z 23.10.2003 r., sygn. akt: V CK 311/02, dotyczący wzorca należytej staranności, a także na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 24.10.2017r., w którym Sąd ten odniósł się do standardów profesjonalnego działania w odniesieniu do obowiązków informacyjnych nałożonych na wykonawcę w ustawie Pzp i stwierdził, że „niepodanie tak istotnych informacji, które rzutują na ocenę przesłanek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niewątpliwie zakwalifikować należy jako co najmniej niedbalstwo lub lekkomyślność".

W opinii odwołującego, zatajenie przez PDM Dębica w dokumencie JEDZ informacji o nałożeniu kary umownej na poziomie maksymalnych kar umownych za zwłokę dłuższą o 60 dni niż sam okres realizacji umowy, stanowi o zamierzonym działaniu. Jego zdaniem trudno przyjąć, że wykonawca, ubiegający się o liczne zamówienia publiczne, nie ma wiedzy o ryzyku związanym z podaniem takich informacji, tj. poddaniem się ocenie zamawiającego pod kątem przewidzianych w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia i narażenia na ryzyko wykluczenia z postępowania. A nawet, gdyby przyjąć, że brak tu zamierzonego działania wykonawcy PDM Dębica, to i tak należałoby mu przypisać działanie w warunkach rażącego niedbalstwa, czyli drugiej postaci winy umyślnej uzasadniającej zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Zdaniem odwołującego, wniosek taki jest w pełni uzasadniony, po pierwsze z uwagi na dysponowanie kompletem wiedzy i informacji związanych z realizacją umowy z na wykonanie zadnia pn. „Przebudowa drogi powiatowej w miejscowości Bolesław w km 10+910 — 11+885, powiat dąbrowski", a po drugie z uwagi na wymagany wzorzec działania profesjonalnego wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że wykonawca PDM Dębica wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Jest to okoliczność istotna z punktu widzenia decyzji podejmowanych przez zamawiającego w postępowaniu, albowiem dotyczy ustalonych w SWZ podstaw weryfikacji zdolności wykonawców do wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał, że do informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd, należy zaliczyć takie informacje, które nie są zgodne z rzeczywistością, z istniejącym stanem faktycznym. Na skutek podania takich informacji zamawiający pozostaje w błędzie, czyli ma mylne wyobrażenie o rzeczywistości lub też nie ma jakiegokolwiek wyobrażenia o niej (ta definicja błędu podana przez odwołującego za doktryną). W kwestii definicji błędu odwołujący powołał się także na wyroki KIO z: 2.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2007/17, KIO 2014/17 oraz 13.02.2018 r., sygn. akt: KIO 185/18. Odwołujący jednocześnie wyjaśnił, iż przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp wprost wskazuje na nieprawidłowość polegającą na zatajeniu informacji, a więc stan taki, jak w niniejszym postępowaniu.

W ocenie odwołującego przedstawiona powyżej argumentacja uzasadnia również wykluczenie wykonawcy PDM Dębica z postępowania i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się także na wyrok KIO z 4.04.2023 r., sygn. akt: KIO 723/23, w którym Izba wskazała, że celem wprowadzenia i stosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego) w sposób istotny wpływają na podejmowane przez niego decyzje. Następnie odwołujący powołał się na wyrok KIO z 14.03.2022 r., wydany w sprawie KIO 449/22, w którym omówiono przesłanki zastosowania podstaw wykluczenia w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 (które muszą być spełnione łącznie), tj.

1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzającej zamawiającego w błąd,
2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa,
3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący podał, że brak uwzględnienia przez PDM Dębica w dokumencie JEDZ informacji o naliczonych karach umownych czyni niezgodną z rzeczywistością odpowiedź udzieloną na pytanie o odszkodowania lub inne sankcje w związku wcześniej zawartymi umowami o udzielenie zamówienia publicznego. Następnie odwołujący odwołał się do poglądów doktryny jak należy rozumieć „lekkomyślność" i „niedbalstwo" wskazując, że z lekkomyślnością mamy do czynienia wówczas, 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. Według odwołującego, z przedstawionych okoliczności, jak i doświadczenia życiowego, wynika, że postępowanie PDM Dębica polegające na braku uwzględnienia informacji dotyczącej kar naliczonych przez ZDMK jawi się co najmniej jako przejawniedbalstwa wyrażający się w tym, że wykonawca nie dołożył należytej staranności w przygotowaniu informacji, które następnie przekazał zamawiającemu w ramach dokumentu JEDZ.

Dalej odwołujący podkreślił, że w odniesieniu do wykonawcy PDM Dębica spełniona została również ostatnia z przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, tj., iż wykluczenie wykonawcy 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", przy czym 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. Odwołujący podkreślił, że kwestia naliczonych na PDM Dębica kar umownych rzutuje na kwestię wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz 109 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że w świetle argumentów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie, które zakończyło się wyborem oferty PDM Dębica nie może być uznane jako przeprowadzone z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości. Ocena, a następnie wybór oferty tego wykonawcy, zdaniem odwołującego, determinowane były przedstawionymi przez niego informacjami. Informacje te nie zostały rzetelnie przedstawione, a tym samym doprowadziły zamawiającego do błędnej oceny wykonawcy PDM Dębica w zakresie podstaw jego wykluczenia.

Pismem z dnia 28.07.2023 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. z siedzibą w Dębicy (dalej: „przystępujący" lub jako: „PDM Dębica") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 1.08.2023 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejodpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 4.08.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo przystępującego, w którym wykonawca ten oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Dodatkowo przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem postępowania jest „Przebudowa/rozbudowa DW 881 na odcinku Kańczuga – Pruchnik – etap II" w tym na odcinku od km 40+662,00 do km 44+576,06 (ok 3,914 km) oraz na odcinku od km 53+400,00 do km 55+206,43 (ok. 1,806 km). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego.

W rozdziale I SWZ (Instrukcja dla Wykonawców) w punkcie VII (Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10 ) zamawiający wskazał:
- w ust. 1.*: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 109 ust 1 pkt 4,5,7,8,10;*
- w ust. 3.: *Zamawiający będzie badał każdy taki przypadek indywidualnie;*
- w ust. 5.: *Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 4,5,7,8,10. Pzp, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 Pzp.*

W załączniku 1 do IDW – Podstawowe informacje dotyczące postępowania w punkcie IX.1. zamawiający wskazał;*„Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016r., wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zwanego dalej „Jednolitym Dokumentem" lub „JEDZ". Wykonawca zobowiązany jest złożyć Jednolity Dokument zgodnie z załącznikiem nr 1 do oferty – Rozdział II SIWZ.".*

Wykonawca PDM Dębica do oferty załączył standardowy formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). W części III JEDZ*Podstawy wykluczenia*, sekcja C: *Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi* w odpowiedzi na pytanie:
*„Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:"* - udzielił odpowiedzi: „NIE".

Zamawiający pismem z dnia 12.07.2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tj. oferty wykonawcy – Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego S.A. z siedzibą w Dębicy.

Ponadto, Izba ustaliła, że Zarząd Drogowy w Dąbrowie Tarnowskiej w dniu 2 sierpnia 2022r. wystawił notę obciążeniową nr 1/2022 na kwotę 471 000,90 zł tytułem kary umownej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy zgodnie z § 13 ust. 1 pkt a w zw. z § 13 ust. 2 umowy nr 34/2020 z dnia 23.10.2020 r. na wykonanie zadania pn.: „Przebudowa drogi

powiatowej nr 1303K w miejscowości Bolesław w km 10-910 – 11+885, powiat dąbrowski". Notą obciążono wykonawcę PDM Dębica. W treści noty wskazano m.in., że w związku ze zwłoką w wykonaniu umowy naliczono karę umowną na podstawie § 13 ust. 1 pkt a umowy, w wysokości 0,2 % ceny ofertowej brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, z uwzględnieniem postanowień § 13 ust. 2 umowy, odnoszących się do limitu kar umownych, jakich zamawiający może żądać z wszystkich tytułów przewidzianych w umowie, tj. 20% ceny ofertowej brutto. W nocie wskazano też, że zadanie zostało zakończone 243 dni po upływie terminu umownego.

Postanowieniem z dnia 1 sierpnia 2023 roku Sąd Okręgowy w Tarnowie V Wydział Gospodarczy zatwierdził ugodę zawartą przed mediatorem sądu polubownego przy Prokuratorii Generalnej RP w dniu 27 lipca 2023 r. pomiędzy Powiatem Dąbrowskim – a Przedsiębiorstwem Drogowo-Mostowym S.A. w Dębicy. W ugodzie stwierdzono, że brak było podstaw do naliczenia kary umownej na podstawie § 13 ust. 1 pkt a umowy, a samą karę umowną, objętą ww. notą, należy traktować jako niebyłą.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając dowody oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 523 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.
Przystępujący – PDM Dębica wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości, wobec czego Izba rozpoznała odwołanie.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący domagał się odrzucenia oferty przystępującego – tj. Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego S.A. z siedzibą w Dębicy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania

Odwołujący podnosił, że wobec wykonawcy PDM Dębica ziściły się przesłanki wykluczenia go z postępowania w oparciu o przepisy art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 ustawy Pzp 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.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, aby zachodziły przesłanki wykluczenia wykonawcy PDM Dębica w oparciu o którykolwiek z powołanych powyżej przepisów.

Tytułem wstępu należy zauważyć, że Izba wielokrotnie potwierdzała w swoich orzeczeniach, że przepisy przewidujące

sankcje czy to w postaci wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty muszą być interpretowane w sposób ścisły.

W wyroku z dnia 31.03.2023 r., sygn. akt: KIO 719/23 Izba wskazała, że: *„odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doniosłą instytucją Prawa zamówień publicznych służącą eliminacji z postępowania m.in. wykonawców podlegających wykluczeniu, a zatem pozbawiającą wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym samym dokonana przez zamawiającego weryfikacja zdolności podmiotowej danego wykonawcy powinna zostać dokonana kompleksowo, rzetelnie i z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy, a wynik tej weryfikacji powinien prowadzić do jednoznacznego wniosku, iż wykonawca podlega wykluczeniu albo nie.”.*

Ponadto, to po stronie odwołującego, podnoszącego zarzuty zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PDM Dębica, pomimo spełnienia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia z postępowania w oparciu o przepisy art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 ustawy Pzp, stoi obowiązek wykazania i udowodnienia, że ziściły się wszystkie przesłanki obligujące zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie przepisów, których naruszenie zarzuca zamawiającemu odwołujący. Powyższe wynika z przepisu art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tymczasem, odwołujący nie tylko nie udowodnił – wszystkich przesłanek łącznie w odniesieniu do któregokolwiek z powołanych przez siebie przepisów, jako podstawy wykluczenia wykonawcy PDM Dębica z postępowania, a których spełnienie implikowałoby po stronie zamawiającego obowiązek wykluczenia tego wykonawcy, lecz co więcej – odwołujący nawet nie wskazał na okoliczności warunkujące spełnienie się tych przesłanek łącznie poza odniesieniem się jedynie do kilku kwestii. Mianowicie, podstawę faktyczną podnoszonych przez odwołującego zarzutów stanowiły w istocie następujące okoliczności, tj.:

1) fakt nałożenia na wykonawcę PDM Dębica kary umownej w związku z realizacją umowy z dnia 23.10.2020r. zawartej z Zarządem Drogowym w Dąbrowie Tarnowskiej, za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy (243 dni), przy czym zwłoka w wykonaniu zobowiązań umownych wyniosła o 60 dni więcej niż sam okres realizacji umowy (183 dni);
2) wysokość tej kary osiągnęła maksymalny limit kar umownych, co odpowiada karze za 100 dni zwłoki;
3) z okoliczności wskazanych w pkt 1 i 2 powyżej odwołujący wywodził, że w tym przypadku można mówić o kwalifikowanej postaci długotrwałego nienależytego wykonywania umowy i o rażącym niedbalstwie – z uwagi na nie wykonanie w całości umowy w terminie i przekroczenie tego terminu aż o 243 dni;
4) brak wzmianki o nałożonych karach umownych w dokumencie JEDZ;
5) zdaniem odwołującego w sytuacji, gdy na wykonawcę zostały nałożone kary umowne w wysokości maksymalnych kar umownych za zwłokę, a wykonawca nie ujawnił tej informacji w dokumencie JEDZ, świadczy to o zamierzonym działaniu wykonawcy, bądź co najmniej o rażącym niedbalstwie.

W ocenie Izby powyżej wskazane okoliczności nie stanowią wystarczającego uzasadnienia dla ewentualnego wykluczenia wykonawcy PDM Dębica z postępowania w oparciu o którykolwiek z przepisów powołanych powyżej.

Jednocześnie zauważyć należy, że Izba nie neguje, że w pojęciu „odszkodowania”, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, mieścić się będą również kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, a na co dużą uwagę zwracał odwołujący w odwołaniu, przywołując w tym zakresie bogate orzecznictwo Izby, jak i komentarz do ustawy Pzp, opublikowany przez Urząd Zamówień Publicznych.

Odnosząc się do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, wskazać należy co następuje.

W przypadku podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – to za wyrokiem Izby z dnia 25.10.2021 r., sygn. akt: KIO 2706/21 należy wskazać, że: *Zamawiający musi wykazać, że zachowanie miało związek po pierwsze z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w tym wypadku między Zamawiającym a Odwołującym w wyniku prowadzonego zamówienia publicznego. Nadto, owe niewykonanie lub nienależyte wykonanie musi mieć postać poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, które podważa uczciwość wykonawcy. Dodatkowo, że niniejsze naruszenie było zawinione przez Wykonawcę, do tego poprzez działanie zamierzone lub będące efektem rażącego niedbalstwa. Wszystkie te przesłanki musza być wykazane łącznie. Jak więc widać, Izba musi zbadać, czy niewykonanie umowy było na tyle istotne, że można je sklasyfikować jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Jednocześnie, ustalić, czy zaistniała okoliczność miała charakter zawiniony przez Wykonawcę w stopniu podważającym jego uczciwość. Do tego, czy były one skutkiem w tym wypadku rażącego niedbalstwa. Jednocześnie, przy ocenie okoliczności danego przypadku winna zbadać ewentualne - przyczynianie się Zamawiającego, który powinien współdziałać przy realizacji zamówienia, do niewykonania umowy przez Wykonawcę. Z kolei, przy ocenie wywiązywania się Wykonawcy z ciążących na nim powinności, podejmowane przez niego działania zmierzające do*

*wykonania zamówienia tak, aby osiągnąć cel umowy*.

Z kolei w odniesieniu do przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania z art.109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, za powołanym powyżej wyrokiem (sygn. akt: KIO 719/23), stwierdzić należy, że:*„Analiza art. 109 ust. 1 pkt 7 PrZamPubl prowadzi do wniosku, że wykluczenie wykonawcy 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.”.*

Zdaniem Izby odwołujący w niniejszej sprawie nie sprostał obowiązkowi wykazania, że w stosunku do wykonawcy PDM Dębica ziściły się kumulatywnie przesłanki wykluczenia go z postępowania czy to na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, czy też w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wykonawca PDM Dębica w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, nie wykazał stopnia winy, nie wykazał, że wykonawca długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy z przyczyn leżących po jego stronie, czy że nienależycie wykonał te zobowiązania. Samo stwierdzenie, że zostały nałożone kary umowne na wykonawcę za zwłokę w realizacji przedmiotu zamówienia i, że nastąpiło przekroczenie terminu realizacji umowy, nawet gdy zwłoka wyniosła o 60 dni więcej niż sam okres realizacji umowy, nie stanowi o wykazaniu przesłanek, o których mowa powyżej. Ponadto, jak zostanie wskazane poniżej, sam skutek w postaci doprowadzenia do odszkodowania (kar umownych) nie ziścił się (przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp).

Z drugiej zaś strony, jak ustalono w toku rozprawy, Powiat Dąbrowski - zamawiający w postępowaniu na „Przebudowę drogi powiatowej nr 1303K w miejscowości Bolesław w km 10-910 – 11+885” na mocy ugody zawartej z wykonawcą PDM Dębica uznał nałożonąna podstawie § 13 ust. 1 pkt a) umowy karę umowną za niebyłą, stwierdzając też, że nie było podstaw do jej nałożenia. W konsekwencji, skoro cały wywód odwołania sprowadza się do konsekwencji związanych z nałożeniem na wykonawcę kar umownych w określonej wysokości w związku z zaistnieniem konkretnej podstawy jej nałożenia, to w związku z uznaniem tej kary za niebyłą przez podmiot, który ją nałożył, należało uznać, że w sposób skuteczny zostały zakwestionowane te podstawy odwołania, w oparciu o które odwołujący żądał wykluczenia wykonawcy. Co prawda zawarcie ugody zostało sfinalizowane już po terminie składania ofert, jednak, ze względu na datę zawarcia ugody, nie można nie przyjąć, że na dzień składania ofert negocjacje ugodowe musiały być już na tyle zaawansowane, że przystępujący nie mógł mieć wątpliwości, że kontrahent nie uznaje, że przystępujący „w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe”, czy „z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie, nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniejszą umowę”.

Kwestie podnoszone przez odwołującego na rozprawie, a dotyczące istoty i skutków ugody, są irrelewantne w związku z jednoznacznym oświadczeniem Powiatu Dąbrowskiego. Zamawiający w powoływanym postępowaniu na „Przebudowę drogi powiatowej nr 1303K w miejscowości Bolesław w km 10-910 – 11+885” oświadczył, że brak było podstaw do nałożenia kary umownej w związku ze zwłoką w wykonaniu przedmiotu umowy na podstawie § 13 ust. 1 pkt a) umowy. Tym samym, w sposób skuteczny zostało udowodnione przez przystępującego, że okoliczności wskazywane przez odwołującego w odwołaniu w tym zakresie są bezpodstawne.

Ponadto, zgodnie z twierdzeniami przystępującego, nie kwestionowanymi przez odwołującego, otrzymał on w całości ustalone wynagrodzenie za zrealizowanie przedmiotu umowy.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp.

Co do podstaw wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 czy 10 ustawy Pzp - na co w szczególności zwracał uwagę odwołujący w toku rozprawy - Izba także uznała, że nie zachodzą one w stosunku do wykonawcy przystępującego. W tym zakresie należy także w znacznej mierze odwołać się do uzasadnienia wskazanego powyżej.

Odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia tychże przepisów.

Głównym argumentem odwołującego było to, że wykonawca – PDM Dębica w oświadczeniu zawartym w formularzu JEDZ, a złożonym zamawiającemu w tym postępowaniu, nie przyznał się do faktu nałożenia na niego kary

umownej w związku z realizacją innego zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że oświadczenie w formularzu JEDZ złożone zostało w związku z przewidzeniem przez zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia.

Skoro odwołujący nie udowodnił spełnienia przesłanek wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 5 czy 7 ustawy Pzp , to tym samym z oświadczenia przystępującego w JEDZ, nie można wywieść elementów lekkomyślności, niedbalstwa, zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w przedstawianiu informacji zamawiającemu, które miałyby wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, w celu wykazania podstaw do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 czy też pkt 10 ustawy Pzp.

Odwołujący winien udowodnić, że wykonawca, który złożył stosowne oświadczenie, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Bądź też w przypadku przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, w tym informacje, że nie podlega wykluczeniu.

Odwołujący, w ocenie Izby, tych przesłanek nie wykazał. Z drugiej zaś strony, jak podnosił i co wykazał przystępujący, zamawiający Powiat Dąbrowski - w ugodzie zawartej z przystępującym – uznał karę umowną niebyłą, albowiem uznał, że brak było podstaw do jej nałożenia. Faktem jest, że sama ugoda została zawarta już po złożeniu formularza JEDZ, tj. 27.07.2023 r. (a zatwierdzona 1.08.2023 r.), jednak rozmowy i ustalenia w tej kwestii były prowadzone jeszcze przed złożeniem kwestionowanego oświadczenia w formularzu JEDZ, co wynika m.in. z przedstawionego protokołu ze spotkania z przedstawicielami zamawiającego. Tym samym, już na datę złożenia oferty, wykonawca PDM Dębica mógł działać w uzasadnionym przeświadczeniu, że brak jest podstaw do nałożenia kary umownej i że to nie jest tylko jego własna ocena, ale też przede wszystkim podmiotu, który nałożył na niego karę umowną.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, że zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy PDM Dębica z postępowania w oparciu o którykolwiek z przepisów powołanych przez odwołującego, tj. art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10, a tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przedstawione dowody oraz stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. W zakresie dowodów w postaci: nagrań z filmików z prowadzonych prac na inwestycji „Przebudowa drogi powiatowej nr 1303K w miejscowości Bolesław w km 10-910 – 11+885, powiat dąbrowski" oraz ekspertyzy technicznej, które to dowody zostały przedstawione przez przystępującego, Izba uznała, że nie mają one wpływu na rozstrzygnięcie sprawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b), rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 2 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz: uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w tym wynagrodzenie pełnomocnika.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz przystępującego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

**Przewodniczący: ……..…..**

**Członkowie: ……..……**

**……..……**