Sygn. akt: KIO 3842/25

WYROK

Warszawa, dnia 29 października 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka

Protokolant:Karina Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2025 r., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2025 r. przez wykonawcę, TELMAX E.R. Gliszczyńscy sp.j. w Głuchowie
w postępowaniu prowadzonym przez Bytowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Bytowie
przy udziale, zgłaszających przystąpienie:

A.po stronie Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, AGROBEX sp. z o.o. i AGROBEX Budowa sp. z o.o. w Poznaniu,

B.po stronie Zamawiającego – wykonawcy, Przedsiębiorstwo Budowlane „N.” sp. z o.o. w Rybakach

orzeka:

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2zasądza od Odwołującego, TELMAX E.R. Gliszczyńscy sp.j. w Głuchowie na rzecz Zamawiającego Bytowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Bytowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu 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 3842/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Bytowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Bytowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Budowa zespołu 4 budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z wewnętrzną instalacją gazową oraz towarzyszącą infrastrukturą techniczną, obejmującą: parking wraz z układem komunikacyjnym, terenem zielonym i placem zabaw na terenie działki nr 193 obręb sto cztery Bytów.”, wewnętrzny identyfikator: BTBS.2.2025. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 7 lipca 2025 r., pod nr: 2025/S 127-440844. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

W dniu 12 września 2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy TELMAX E.R Gliszczyńscy sp.j. w Głuchowie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „N.” sp. z o.o. w Rybakach oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako „PZP”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwo Budowlane „N.” sp. z o.o. w Rybakach (dalej jako: „Przystępujący” lub „N.”) pomimo wystąpienia wobec tego wykonawcy podstaw do wykluczenia z postępowania, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 PZP, mających zastosowanie w niniejszym postępowaniu w świetle rozdziału VIII ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2)odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „N.” sp. z o.o. w Rybakach, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,
3)powtórzenia czynności badania i oceny ofert

Na rozprawie, dnia 22 października 2025 r. Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania i złożył fakturę na kwotę 3.600,00 zł brutto tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na wstępie uzasadnienia odwołania, Odwołujący zaznaczył, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający wprowadził do SWZ fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP. Wskazał, że w jego opinii, okoliczności faktyczne sprawy stanowią o zaistnieniu podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „N.” sp. z o.o. Opisał merytorycznoprawne przesłanki wykluczenia wykonawcy w oparciu o ww. podstawy zawarte w PZP oraz powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Podniósł, że przesłanki wykluczenia N. z postępowania zostały spełnione w związku z okolicznościami faktycznymi zaistniałymi w toku realizacji przez tego wykonawcę zadania pn. „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z 24 mieszkaniami wraz z urządzeniami budowlanymi” przy ul. Karasińskiej 2, dla którego Zamawiającym było Chojnickie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. Wyjaśnił, iż w związku z realizacją ww. zadania, zamawiający ten obciążył Przystępującego karami umownymi, w tym karą umowną:

- za zwłokę w zakończeniu przedmiotu umowy (54 dni) w kwocie 42.758,96 zł;
- za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom w wysokości 10% wartości wynagrodzenia należnego podwykonawcy;
- za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo w wysokości 2.500 zł za każdy przypadek, łącznie 30.000 zł;
- za nieprzedłożenie poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii umów o podwykonawstwo w wysokości 2.500 zł za każdy przypadek, łącznie 5.000 zł.

Podkreślił, że powyższych okoliczności wykonawca N. nie wykazał w złożonym formularzu JEDZ w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i konsekwentnie – nie skorzystał z instytucji samooczyszczenia. Przedstawił treść przepisów PZP w tym zakresie oraz powołał się na poglądy doktryny.

W odpowiedzi z dnia 14 października 2025 r. na odwołanie, Zamawiający, Bytowskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że dopiero na podstawie odwołania uzyskał dostęp do informacji o tym, że Przedsiębiorstwo Budowlane „N.” Sp. z o.o. w związku z realizacją zadania C. Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o. zostało obciążone karami umownymi. Niemniej, powołując się na informację umieszczoną w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 marca 2025 r. przez Chojnickie TBS (ogłoszenie nr 2025/BZP 00156738/01 z dnia 21 marca 2025 r.) o należytym wykonaniu umowy z dnia 21 marca 2025 r. na roboty budowlane „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z 24 mieszkaniami wraz z urządzeniami budowlanymi” przez wykonawcę – Przedsiębiorstwo Budowlane „N.” Sp. z o.o. uznał, że nie miał obowiązku wykluczyć Przystępującego z postępowania. Na rozprawie wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania oraz złożył fakturę na kwotę 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Do postępowania przystąpienie zgłosili wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowlane „N.” sp. z o.o. w Rybakach – po stronie Zamawiającego oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, AGROBEX sp. z o.o. i AGROBEX Budowa sp. z o.o. w Poznaniu – po stronie Odwołującego. Pismem z dnia 10 października 2025 r. N. wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego oraz przedstawił swoje stanowisko w niniejszej sprawie. Przedstawił liczne dowody na okoliczności, że Chojnickie TBS jednoznacznie oświadczyło, że sporna umowa została wykonana należycie, braku podstaw do wykluczenia Przystępującego, braku szkody po stronie zamawiającego, jednostronnego naliczenia kar umownych i ich kwestionowania przez Przystępującego, licznych zmian względem pierwotnego zakresu i projektu wprowadzonych przez Zamawiającego, wystąpienia innych niezależnych od wykonawcy zdarzeń, które uzasadniały zmianę terminu wykonania umowy, wielu pozytywnych zdań na temat robót wykonanych przez N., w tym burmistrza Chojnic A.F., który powiedział: „Jestem zbudowany jakością tego budynku.”, prawidłowego rozliczenia się z podwykonawcami. Powołując się na treść adekwatnych przepisów PZP, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz wypowiedzi doktryny wskazał, że w przypadku N. nie ma miejsca sytuacja, w której spełnione byłyby przesłanki wykluczenia. Wyjaśnił, że jak wynika z treści ogłoszenia o wykonaniu umowy pomiędzy Przedsiębiorstwem Budowlanym „N.” Sp. z o.o. a Chojnickim Towarzystwem Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z dnia 21 marca 2025 roku: strony umowy o zamówienie publiczne dokonały przedłużenia terminu realizacji umowy do dnia 30 listopada 2024 roku, wykonawca zobowiązany był do wykonania robót dodatkowych, zaś ostatecznie zamawiający wskazał, że umowa została wykonana w sposób należyty. Dlatego też, Przystępujący – jak wskazał – nie znalazł podstaw, aby w sposób odmienny niż to miało miejsce wypełnić dokument JEDZ. Dnia 18 października 2025 r. wykonawca N. złożył kolejne pismo procesowe wraz z wnioskami dowodowymi mającymi potwierdzić, że zamówienie dla C. TBS zostało wykonane

należycie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

Izba uznała również, że Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Jak wskazał w odwołaniu, złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, która znalazła się na drugiej pozycji w rankingu ofert. Izba ustaliła, iż w postępowaniu wpłynęło 7 ofert, w tym: oferta Odwołującego z ceną 24.879.891,87 zł; oferta Przystępującego N. z ceną 21.290.005,83 zł oraz oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, SIMA spółka z ograniczona odpowiedzialnością sp.k. oraz „TECH BUD" Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Adam Krawiec z ceną 25.971.819,14 zł. Kryteria oceny ofert zostały określone w postanowieniach rozdziału XVIII SWZ, gdzie wskazano, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający będzie kierował się następującym kryterium oceny ofert: Cena – 100%, zaś podstawą przyznania punktów w tym kryterium będzie cena ofertowa brutto podana przez wykonawcę w Formularzu Ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 1 września 2025 r. wybrana została oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Budowlane „N." sp. z o.o., której przyznano 100 pkt. Ofercie Odwołującego przyznano 85,57 pkt, zaś ofercie ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – 81,77 pkt. Pozostałe oferty zostały ocenione niżej. Żadna oferta nie została odrzucona. W efekcie, Odwołujący może ponieść szkodę wynikającą z uniemożliwienia mu realizacji zamówienia i związanej z tym możliwości osiągnięcia zysku. Tym samym, spełnione są przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, wynikające z art. 505 ust. 1 PZP.

Przedmiotem zamówienia jest wybudowanie czterech budynków mieszkalnych wielorodzinnych z 72 lokalami mieszkalnymi, pow. użytkowa lokali mieszkalnych 3.420,32 m2, pow. zabudowy 1.708,84 m2, kubatura 18.488,12 m2 oraz układu drogowego z miejscami postojowymi i ciągami pieszymi, plac zabaw, miejsce rekreacji, tereny zielone, pojemniki półpodziemne do składowania odpadów, infrastruktury technicznej na terenie działki nr 193 o pow. 13.357 m2 objętej księgą wieczystą o wskazanym numerze, położonej we wskazanym obrębie w Bytowie wraz z przyłączami kanalizacji sanitarnej, wodociągowym, gazowym, energetycznym, teletechnicznym, zjazdami i oświetleniem terenu (Rozdział IV pkt 1 SWZ).

Przez termin realizacji zamówienia do dnia 28 listopada 2026 r. rozumie się uzyskanie ostatecznego pozwolenia na użytkowanie budynków (tamże).

Zgodnie z Rozdziałem III pt. Tryb udzielenia zamówienia, zawartym w SWZ dotyczącym niniejszego postępowania, Zamawiający przewiduje zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 PZP, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podstawy wykluczenia z postępowania zostały określone przez Zamawiającego w Rozdziale VIII SWZ. Wskazano tam że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w::

1)art. 108 ust. 1 PZP,

2)art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 PZP, tj.:

a)w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;

b)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;

c)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.

Dodano, że wykluczenie wykonawcy następuje zgodnie z art. 111 PZP, zaś wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 6 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 PZP, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 PZP. Zamawiający oceni, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału IX SWZ, do oferty wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przedmiotowe oświadczenie wykonawca wkłada w formie: Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (ESPD) oraz w formie oświadczenia, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SWZ. Informacje zawarte w ww. oświadczeniach stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.
Przystępujący, złożył wraz z ofertą dokument JEDZ, w którym, w części III: Podstawy wykluczenia, lit. C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, zaznaczył odpowiedzi „Nie" w rubrykach dotyczących pytań: „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego?", „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 ta wcześniejszą umową?".
Izba zaliczyła w poczet akt postępowania, w tym jako dowód w sprawie:

1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej przez Zamawiającego w dniu 2 października 2025 r., w tym w szczególności:
- –protokół postępowania,
- –ogłoszenie o zamówieniu,
- –SWZ wraz z załącznikami, pytaniami i wyjaśnieniami treści SWZ,
- –oferty,
- –informacja z otwarcia ofert,
- –informacja z 1 września 2025 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej;

2)dokumenty przedstawione przez Odwołującego, załączone do odwołania:
- –wniosek o udostępnienie informacji – z 2 września 2025 r.;
- –pismo C. TBS z 4 września 2025 r.;

3)dokument przedstawiony przez Zamawiającego, załączony do odpowiedzi na odwołanie:
- –ogłoszenie o wykonaniu umowy z TBS Chojnice;

4)dokumenty przedstawione przez Przystępującego, załączone do pism procesowych lub złożone na rozprawie:
- –ogłoszenie o wykonaniu umowy z TBS Chojnice,
- –3 wydruki ze stron internetowych,
- –protokół konieczności wykonania robót zamiennych, zaniechanych i dodatkowych z 3 stycznia 2025 r.,
- –protokół odbioru końcowego obiektu z 24 stycznia 2025 r. z załącznikami,
- –pismo C. TBS z 20 marca 2025 r. z załącznikami,
- –pismo wykonawcy N. z 23 marca 2025 r.,
- –ostateczne wezwanie do zapłaty z 8 kwietnia,
- –pismo wykonawcy N. z 28 kwietnia 2025 r.,
- –pismo C. TBS z 15 maja 2025 r.,
- –aneks nr 1 do umowy – z 24 września 2024 r.,
- –aneks nr 2 do umowy – z 31 października 2024 r.,
- –aneks nr 3 do umowy – z 9 stycznia 2025 r.,
- –faktura nr 1/01/2025 z 27 stycznia 2025 r. wraz z protokołem odbioru robót,
- –umowa z 16 czerwca 2023 r. z Chojnickim TBS,
- –protokół z próby szczególności z 13 czerwca 2024 r. i dni nast.,
- –protokół wstępny odbioru kanalizacji,
- –potwierdzenie odbioru wykonanego przyłącza z 30 września 2024 r. i dni nast.,
- –potwierdzenie odbioru wykonanego przyłącza z 6 listopada 2024 r. wraz z protokołem,
- –protokół z odbioru technicznego i próby szczelności z 10 lipca 2024 r. i dni nast.,
- –protokoły sprawozdawczo-opiniodawcze,
- –oświadczenia kierownika robót,
- –aneks nr 3 do polisy umowy ubezpieczenia kontraktu pn.: Budowa budynku mieszkalnego 24-rodzinnego wraz z infrastrukturą, położonego Chojnice ul. Karsińska 2,
- –mapa geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej obiektów budowlanych z 8 listopada 2024 r.,
- –sprawozdanie z badań nr 1249/2024 z dnia 29 listopada 2024 r.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, co następuje.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.
Izba nie stwierdziła, by wobec Przystępującego zaszły przesłanki do wykluczenia z postępowania o udzielenie

zamówienia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 5, czy też pkt 7 PZP.
Odwołujący nie udowodnił, by zaskarżone odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego były niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący pominął, wynikający z art. 534 ust. 1 PZP, ciężar dowodowy, zobowiązujący go do wykazania faktów, z których wywodzi skutki prawne. Odwołujący złożył w postępowaniu jedyny dowód w postaci pisma C. Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o. informującego, że Przystępujący został obciążony karami umownymi na podstawie noty księgowej. Nie udowodnił tym samym wszystkich przesłanek wykluczenia, o których mowa w ww. przepisach PZP.
Jak stanowi art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.
Powyższy przepis dotyczy takich przypadków zachowań wykonawców, które poddają w wątpliwość ich postawę moralno-etyczną, skoro mowa o przypadkach podważających uczciwość wykonawcy. W efekcie, oceniać należy dane zachowanie wykonawcy nie tylko z punktu widzenia jego skutków, lecz przede wszystkim z punktu widzenia nastawienia psychicznego wykonawcy, który dopuścił się danego zachowania, w szczególności chodzi zidentyfikowanie po stronie wykonawcy: zamiaru lub rażącego niedbalstwa.
W przypadku okoliczności, na które powołał się Odwołujący, a wynikających z ww. pisma C. Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o. (dalej: „Chojnickie TBS"), brak jest możliwości stwierdzenia, że Przystępujący w ramach wykonywania umowy zawartej z tym zamawiającym naruszył swoje obowiązki jako wykonawcy – działając z zamiarem lub rażącym niedbalstwem, celem niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Fakt, że Chojnickie TBS naliczyło temu wykonawcy kary umowne na podstawie różnych postanowień umowy jeszcze nie potwierdza, że faktycznie Przystępujący nie wykonał lub nienależycie wykonał pewne obowiązki, a już na pewno nie potwierdza, że zrobił to celowo, działając z określonym w art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP nastawieniem. Innymi słowy, Odwołujący nie podważył uczciwości Przedsiębiorstwa Budowlanego „N." sp. z o.o. Odwołujący w odwołaniu, ani nawet na rozprawie, nie odniósł się do kwestii postawy i nastawienia N. do kwestii wykonania umowy z Chojnickim TBS. W odwołaniu powołał zaś wyłącznie treść orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach dotyczących przedmiotowej podstawy wykluczenia.
Odnosząc się do drugiej podstawy wykluczenia, powołanej w odwołaniu, należy wskazać, iż zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, 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. Jak wynika z powyższego, przesłanka ta stanowi podstawę do wykluczenia za najcięższe przypadki przewinienia wykonawców realizujących umowy o zamówienia publiczne lub umowy koncesji, skoro przepis ten posługuje się określeniami takimi jak: „znaczny", „istotne" oraz przewiduje ww. sankcję tylko w razie, gdy takie przewinienia skutkowały: wypowiedzeniem lub odstąpieniem od umowy, odszkodowaniem, wykonaniem zastępczym lub realizacją uprawnień z tytułu rękojmi za wady.
Odwołujący wykazał zaś jedynie spełnienie jednej z ww. przesłanek, tj. że doszło do naliczenia Przystępującemu kar umownych (odszkodowania). Tym samym, odwołanie potwierdza wyłącznie jedną z przesłanek zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, co nie wystarczy do uznania, że N. podlegał wykluczeniu. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący – z przyczyn leżących po jego stronie – w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie, wynikające z umowy z Chojnickim TBS oraz, że takie działanie lub zaniechanie Przystępującego pozostawało w związku przyczynowo-skutkowym z naliczeniem mu kar umownych przez tego zamawiającego. Oparcie się na jednym dokumencie, w dodatku zawierającym jednostronne oświadczenie zamawiającego co do obciążenia wykonawcy karami umownymi, nie wystarczyło do wykazania, że ww. przesłanki zostały spełnione. Skoro Odwołujący pozyskał wiedzę o naliczonych Przystępującemu karach umownych w drodze dostępu do informacji publicznej, w ocenie Izby nic nie stało na przeszkodzie, by pozyskać więcej dokumentów, które mogłyby zobrazować szereg okoliczności składających się na ww. przesłanki i przełożyć się na inny wynik postępowania odwoławczego, w szczególności mowa o treści umowy zawartej z TBS Chojnice, wpisów do dziennika budowy, protokołów odbioru itd. Nic nie stało również na przeszkodzie powołaniu dowodów z zeznań świadków.
Co więcej, Przystępujący w postępowaniu odwoławczym złożył liczne dowody, z których nie tylko wynika, że kwestionuje naliczone mu kary umowne i pozostaje w sporze z Chojnickim TBS, ale również że nie można przypisać Przystępującemu realizującemu umowę zawartą z Chojnickim TBS niewłaściwej postawy, prowadzącej do podważenia jego uczciwości, ani do uznania, że okoliczności, z powodu których naliczono kary umowne – wynikały z przyczyn leżących po stronie Przystępującego, wprost przeciwnie, przyczyną był brak należytej współpracy ze strony

zamawiającego TBS Chojnice, konieczność wykonania zmian projektowych i robót dodatkowych i zamiennych w znacznym zakresie, kolizje prac z innymi wykonawcami, wprowadzanymi na plac budowy przez Zamawiającego. Tych faktów Odwołujący nie zdołał zakwestionować.

Odwołujący w niniejszej sprawie, nieprawidłowo skoncentrował się na podkreśleniu, że Przystępujący w niniejszym postępowaniu zataił przed Zamawiającym informacje o naliczeniu mu kar umownych, bowiem w JEDZ, na pytania dotyczące popełnienia poważnego wykroczenia zawodowego i znalezienia się w sytuacji przedterminowego rozwiązania umowy, naliczenia kar umownych i innych tego rodzaju sankcji, Przystępujący odpowiadał: „Nie", a także że nie dokonał samooczyszczenia. Odwołujący pominął bowiem fakt, że w przypadkach, na które powołał się w odwołaniu, tj. art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP, kwestia zgodnego z prawdą, należytego wypełnienia JEDZ nie jest rozstrzygająca. Co więcej, w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie przewidział możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 PZP, które dotyczą sytuacji przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd. Wobec braku poczynienia ustaleń i przedstawienia dowodów w zakresie dotyczącym zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP oraz akcentowania przez Odwołującego braku powołania przez Przedsiębiorstwo Budowlane „N." Sp. z o.o. okoliczności wynikających z pisma C. TBS, Odwołujący wydaje się próbować wyciągać skutki prawne z okoliczności, które nie mogą prowadzić do wykluczenia Przystępującego z postępowania, a zatem nie mają znaczenia w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 zd. 1, art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….....