

WYROK

Warszawa, dnia 24 sierpnia 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2026 r. przez wykonawcę **Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY BUDOWNICTWO** Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jednostka prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **M.R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DRÓG-POL Roboty drogowe i remontowo-budowlane M.R. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Odwołującego** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem 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:.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad jednostka prowadząca postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddział w Warszawie z wykonaniem przeglądów okresowych w podziale na 7 zadań”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 lutego 2026 r. pod numerem 111804-2026.

W dniu 29 czerwca 2026 r. wykonawca **Warszawskie Przedsiębiorstwo Mostowe MOSTY BUDOWNICTWO** Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie zadania nr 6, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M.R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **DRÓG-POL Roboty drogowe i remontowo-budowlane M.R. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** dalej „Dróg-Pol”, pomimo ziszczenia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia, gdyż wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd (poprzez zatajenie informacji na temat przeszłości kontraktowej), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, polegające na zatajeniu informacji o naliczonych karach umownych, tj. udzieleniu przeczącej odpowiedzi na pytanie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, dalej „JEDZ”, dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone

zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?", gdy tymczasem informacja ta jest nieprawdziwa wobec nałożenia na Dróg-Pol kar umownych w toku realizacji co najmniej dwóch umów w sprawie zamówienia publicznego, a mianowicie:

- umowy nr 225/2021 z dnia 10 września 2021 roku (do dnia 19 kwietnia 2025 roku) „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie. Rejon w Mińsku Mazowieckim” – w trakcie trwania umowy naliczone zostały kary umowne w łącznej wysokości 223.883,05 zł („Umowa 225”, „Umowa Mińsk Mazowiecki”);
- umowy nr 58/2022 z dnia 14 marca 2022 roku (do dnia 14 marca 2026 roku) „Bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddziału w Warszawie w podziale na 10 zadań zgodnie z ofertą wybraną w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie zadania nr 3” – gdzie naliczono kary za powtarzające nieprawidłowości w zakresie tymczasowej organizacji ruchu w wysokości łącznej 4.000,00 zł („Umowa 58”, „Umowa Warszawa”),

co doprowadziło do nieuzasadnionego i wadliwego wyboru oferty złożonej przez Dróg-Pol jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

(2) art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 109 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Dróg-Pol i odrzucenia jego oferty, pomimo że Dróg-Pol podlega wykluczeniu z postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, a mianowicie: Umowy 58 oraz Umowy 225, a nałożone kary umowne stanowią odszkodowania lub też porównywalne sankcje w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i wyczerpują wszystkie przesłanki podstawy wykluczenia opisanej w tym przepisie;

(3) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 uznk oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Dróg-Pol jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji również wybór tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że wykonawca ten przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje (wprowadził go w błąd) w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania poprzez zatajenie, iż wykonawcy temu zostały naliczone kary umowne, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania, a co stanowi m.in. naruszenie dobrych obyczajów i jest niezgodne z podstawowymi zasadami obowiązującymi w ustawie Pzp, tj. zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania oraz proporcjonalności;

w każdym przypadku

(4) art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 6; wykluczenia wykonawcy Dróg-Pol i odrzucenie jego oferty; dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu (z pominięciem oferty Dróg-Pol); wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca M.R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DRÓG-POL Roboty drogowe i remontowo-budowlane M.R. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim, dalej „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 13 lipca 2026 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania, w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, ofertę Przystępującego, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 19 sierpnia 2026 r. wraz z załączonymi do pism dowodami.

Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddział w Warszawie z wykonaniem przeglądów okresowych w podziale na 7 zadań:

Zadanie 1 – Rejon Płock, Płońsk, Mława

Zadanie 2- Rejon Grójec

Zadanie 3- Rejon Mińsk Mazowiecki, Siedlce

Zadanie 4- Rejon Ożarów Maz. S8 Opacz-gr. Woj.

Zadanie 5- Rejon Garwolin

Zadanie 6- Rejon Ożarów Maz. S2, S79

Zadanie 7- Rejon Radom, Zwoleń.

Odwołanie obejmuje czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 6.

Zgodnie z postanowieniami 9.2 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, Zamawiający określił przesłanki wykluczenia z postępowania, w tym z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp.

Celem weryfikacji, czy wobec wykonawców nie zachodzą przesłanki wykluczenia, wykonawcy zobowiązani zostali do złożenia dokumentu JEDZ.

W dniu 23 marca 2026 r. miało miejsce otwarcie ofert, w zakresie zadanie nr 6, oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący oraz Przystępujący.

Przystępujący przedkładając oświadczenie JEDZ, w odpowiedzi na pytanie dotyczące wcześniejszego nałożenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji w związku z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego, udzielił odpowiedzi przeczącej („Nie”).

Pismem z dnia 19 czerwca 2026 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 6.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Ponadto, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

pkt 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;

pkt 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;

pkt 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.

Zgodnie z art. 109 ustawy Pzp:

ust. 2: Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

ust. 3: W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy,

jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

W myśl art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Jak stanowi art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W myśl art. 3 ust. 1 ww. ustawy, Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 239 ust.1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W art. 16 ustawy Pzp wprowadzono podstawowe zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości oraz zasadę proporcjonalności.

Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp stwierdza, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwolujący wskazywał, że udzielona przez Dróg-Pol negatywna odpowiedź w JEDZ na pytanie dotyczące wcześniejszego nałożenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji w związku z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego pozostaje obiektywnie nieprawdziwa, albowiem w ramach Umowy nr 225, przedmiotem której było „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie. Rejon w Mińsku Mazowieckim”, Zamawiający naliczył Dróg-Pol kary umowne w łącznej wysokości 223.883,05 zł. Kary zostały naliczone na podstawie katalogu kar umownych ujętych w Umowie 225. W jej treści wskazano m.in. na następujące kary umowne:

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

- a) za zwłokę w wykonaniu prac objętych poleceniem wykonania (termin w dniach), o którym mowa w § 6, z Grup Prac: nr 1-9, 12,13 - w wysokości 1% wartości netto zleconych do wykonania wszystkich prac zawartych w pojedynczym poleceniu, lecz nie mniej niż 1.000 PLN, za każdy dzień przekroczenia terminu określonego w zleceniu,
- b) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze częściowym, odbiorze końcowym lub odbiorze w okresie gwarancji – w wysokości 2.000 PLN, za każdy dzień zwłoki, liczony od upływu terminu wyznaczonego na usunięcie wad,
- c) za wprowadzenie zmian w oznakowaniu na czas prowadzenia prac, niezgodnych z zatwierdzonym projektem organizacji ruchu, braki w oznakowaniu, wykonanie lub utrzymywanie oznakowania z nienależytą starannością – 2.000 PLN, za każdy dzień w którym stwierdzono nieprawidłowości,
- d) jeżeli prace objęte przedmiotem niniejszej Umowy będzie wykonywał podmiot inny niż Wykonawca lub inny niż Podwykonawca / Podmiot trzeci skierowany do wykonania prac zgodnie z procedurą określoną w § 16 – w wysokości 1.000 PLN, za każdy stwierdzony przypadek każdego dnia,
- e) za brak zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom – w wysokości 1% niezapłaconej należności za każdy dzień zwłoki,
- f) za naruszenie zobowiązań dotyczących czasu reakcji Wykonawcy w zakresie prac określonych w § 11 ust. 2 pkt. 4 i 5 oraz w § 10 ust. 2 - w wysokości 500 PLN, za każdą rozpoczętą godzinę zwłoki,
- g) za brak możliwości skontaktowania się Zamawiającego z Punktem Obsługi Kontraktu przez okres dłuższy niż 1 godzina - w wysokości 700 PLN, za każdą rozpoczętą godzinę braku łączności,
- h) za niedotrzymanie standardu zimowego utrzymania określonego Zarządzeniem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na którymkolwiek odcinku drogi (rozumianym jako odcinek wg Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla Grupy Prac 10 b) – w wysokości 10.000 PLN, za każde naruszenie (w tym odśnieżanie wszystkich elementów pasa drogowego określonych w SST),
- i) za zwłokę w zgłoszeniu awarii któregośkolwiek urządzenia GPS – w wysokości 200 PLN, za każdą godzinę zwłoki, licząc od pierwszej godziny po upływie 8 godzin od momentu powstania awarii,

- j) za realizację prac przewidzianych niniejszą umową w sposób niezgodny z SST, lub niniejszą Umową – w wysokości 2.000 PLN, za każde stwierdzone przez Zamawiającego naruszenie w trakcie realizacji prac,
- k) z tytułu podstawienia do kontroli lub wykonywania prac zimowego utrzymania sprzętu nie spełniającego wymagań określonych w § 9 ust. 3 – w wysokości 2.000 PLN, za każdy sprzęt każdego dnia niespełnienia ww. wymagań,
- l) z tytułu niepodstawienia w terminach określonych w pkt 5.3.1. SST D-66.01.00 wymaganej liczby jednostek sprzętu do zimowego utrzymania dróg zgodnie z Załącznikiem nr 6. do OPZ – w wysokości 2.000 PLN, za każdy brakujący sprzęt każdego dnia,
- m) z tytułu niezapewnienia wymaganych ilości materiałów do zwalczania śliskości zimowej określonych w pkt 2.2 SST D-66.01.00 zgodnie z Załącznikiem nr 7 do OPZ – w wysokości 2.000 PLN, za każdy stwierdzony przypadek każdego dnia,
- n) z tytułu rozwiązania Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 10% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 4 ust.1 Umowy,
- o) z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w realizacji Umowy osób, o których mowa w § 12 (osoby wskazane w Ofercie Wykonawcy w „Wykazie osób” i Kryterium „Kwalifikacje Zawodowe Personelu”) z zastrzeżeniem § 13 ust. 2 – 4, w wysokości 5.000 PLN, za każde stwierdzone naruszenie,
- p) z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę warunku zatrudnienia osób, o których mowa w § 11 ust. 2 pkt. 20 lub uchybienia warunków określonych w § 11 ust. 2 pkt. 26 i pkt 27 w wysokości 250 PLN, za każdy dzień trwania naruszenia (do czasu zgłoszenia Zamawiającemu przez Wykonawcę spełnienia warunku),
- q) za zwłokę w wykonaniu przeglądów i prac konserwacyjnych magazynów soli, wytwornic solanki i zbiorników magazynujących solankę w terminie do 30 czerwca każdego roku trwania Umowy w wysokości 500 PLN, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,
- r) za zwłokę w przedłożeniu dokumentów, o których mowa w § 24 ust. 1 (Plan Bezpieczeństwa i Ochrony Zdrowia) lub § 9 ust. 3 (Program Zapewnienia Jakości) – w wysokości 1.000 PLN, za każdy dzień zwłoki,
- s) za zwłokę w przedłożeniu kopii umowy ubezpieczenia, o której mowa w § 21 ust. 1 – w wysokości 1.000 PLN, za każdy dzień zwłoki,
- t) z tytułu niezapewnienia nadzoru nad realizacją prac do nadzoru których Zamawiający wskazał w poleceniu wykonania obecność Kierownika robót drogowych – w wysokości 500 PLN, za każdy dzień naruszenia.

W ocenie Odwołującego, katalog kar odnosi się do istotnych naruszeń umowy w tym m.in.: wprowadzenie zmian w oznakowaniu na czas prowadzenia prac, niezgodnych z zatwierdzonym projektem organizacji ruchu; wykonywania prac objętych przedmiotem niniejszej Umowy przez podmiot inny niż Wykonawca lub inny niż Podwykonawca / Podmiot trzeci; realizację prac przewidzianych niniejszą umową w sposób niezgodny z SST czy też za niezapewnienie wymaganych ilości materiałów do zwalczania śliskości zimowej. Wskazane przewiny, choć mają istotne znaczenia m.in. z punktu bezpieczeństwa użytkowników drogi czy też uznania, że wykonawca w sposób należyty wykonuje daną usługę, nie skutkują wysokimi – jak na obecne czasy – karami umownymi. Dlatego też sama wartość kar nie może stanowić podstawy oceny, czy mamy do czynienia z istotnymi naruszeniami umowy o zamówienie publiczne.

Odwołujący wskazywał również, iż w ramach Umowy nr 58/2022, przedmiotem której także było „Bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddziału w Warszawie w podziale na 10 zadań”, wykonawcy Dróg-Pol naliczone zostały kary umowne na podstawie § 15 ust. 1 pkt c Umowy 58 (za niezgodne z zatwierdzonym projektem organizacji ruchu wprowadzenie zmian w oznakowaniu lub jego brak – w czasie prowadzenia prac (...)), tj. z uwagi na brak odpowiedniej tymczasowej organizacji ruchu na drodze ekspresowej S7. W wyniku naruszenia tego postanowienia umownego wykonawcy naliczono kary umowne w wysokości 4.000,00 zł.

Odwołujący podkreślał, że o żadnej z ww. kar umownych wykonawca nie wspominał w swoim JEDZ. Zdaniem Odwołującego, nie powinno budzić przy tym wątpliwości, iż, czy to charakter przewin, czy też wysokość kar wskazuje, że Dróg-Pol powinien poinformować Zamawiającego o zaistnieniu ww. okoliczności. W ocenie Odwołującego, zaniechania wykonawcy (brak odpowiedniej tymczasowej organizacji ruchu na drodze ekspresowej), czy też wysokość naliczonych kar (niezależnie od ich podstawy – dodatkowo) wskazuje, iż nie mamy do czynienia ze zdarzeniami bagatelnymi, a istotnymi naruszeniami postanowień umownych.

Dodatkowo, Odwołujący podnosił, że zgodnie z informacją udzieloną Odwołującemu przez Zamawiającego (GDDKiA) M.R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DRÓG-POL Roboty Drogowe i Remontowo-Budowlane M.R. realizowała następujące umowy:

- 460/2023 z dnia 25.08.2023 r. do dnia 25.08.2027 r. „Bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddziału Warszawa na terenie Rejonów Przasnysz, Ostrołęka, Ostrów Mazowiecka wraz z wykonaniem przeglądów okresowych.”

- 58/2022 z dnia 14.03.2022 r. do dnia 14.03.2026 r. „Bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddziału w Warszawie w podziale na 10 zadań zgodnie z ofertą wybraną w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie zadania nr 3.”

- 75/2022 z dnia 29.03.2022 r. do dnia 29.03.2026 r. „Bieżące utrzymanie obiektów inżynierskich GDDKiA Oddziału w Warszawie w podziale na 10 zadań zgodnie z ofertą wybraną w trybie przetargu nieograniczonego w zakresie zadania nr 4.”

- 225/2021 z dnia 10.09.2021 r. do dnia 19.04.2025 r. „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie. Rejon w Mińsku Mazowieckim”

- 685/2024 z dnia 09.09.2024 r. aktualnie Umowa trwa „Całoroczne utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie. Rejon w Mińsku Mazowieckim”

W ramach ww. umów naliczono następujące kary umowne:

- 460/2023 – w dniu 21.08.2024 r. naliczono karę w wysokości 3000,00 zł
- 58/2022 - w dniu 08.11.2023 r. naliczono karę w wysokości 2000,00 zł oraz w dniu 06.02.2024 r. w wysokości 2000,00 zł
- 225/2021 w trakcie trwania Umowy zostały naliczone kary o łącznej wartości 233 883,05 zł
- 685/2024 - w dniu 18.07.2025 r. naliczono karę w wysokości 2000,00 zł.

W sprawie nie było spornym, iż:

- Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania, w tym z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp.

- Przystępujący przedkładając oświadczenie JEDZ, w odpowiedzi na pytanie dotyczące wcześniejszego nałożenia odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji w związku z wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego, udzielił odpowiedzi przeczącej („Nie”).

- to Zamawiający będący gospodarzem niniejszego postępowania naliczył Przystępującemu kary umowne wskazane przez Odwołującego w odwołaniu.

Istotą zarzutów odwołania, było ustalenie, czy względem Przystępującego spełniła się przesłanka wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, a także przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. czy Przystępujący przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd co do okoliczności dotyczących swojej historii kontraktowej.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, że w treści części III JEDZ wykonawcy są zobligowani do podawania wyłącznie takich okoliczności, które choćby potencjalnie mogą być uznane za podstawy wykluczenia określone we właściwych przepisach prawa. Po drugie, zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, podstawą wykluczenia z postępowania nie jest każde wprowadzenie w błąd Zamawiającego, lecz jedynie takie wprowadzenie w błąd, które dotyczyło informacji o podleganiu wykluczeniu z postępowania albo mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w toku postępowania. Ponadto, stosując podstawę wykluczenia wymienioną w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający jest zobligowany w szczególności sposób zachować wyrażoną w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp zasadę proporcjonalności (na co wskazuje również art. 109 ust. 3 ustawy Pzp) i co do zasady nie może wykluczyć wykonawcy z uwagi na występujące po jego stronie „drobne nieprawidłowości”, a brak wskazania w JEDZ okoliczności obojętnej dla wyniku postępowania (niemającej znaczenia na ewentualne decyzje dotyczące wyboru oferty czy wykluczenia wykonawcy) nie mógłby zostać uznany za cokolwiek więcej, aniżeli za „drobną nieprawidłowość”.

W ocenie składu orzekającego brak jest obowiązku wskazywania w treści JEDZ każdego przypadku naliczenia kary umownej. Niezasadne jest twierdzenie, jakoby wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne miał obowiązek wskazywać w treści JEDZ i opisywać każdy przypadek naliczenia kary umownej, bez względu na przyczyny i okoliczności jej naliczenia. Należy bowiem zwrócić uwagę, że część III JEDZ, w której zostało zadane pytanie o przypadki nałożenia odszkodowania lub innej porównywalnej sankcji w związku z wcześniejszą umową, dotyczy „PODSTAW WYKLUCZENIA” z postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że w przedmiotowej części JEDZ powinny być wpisywane takie informacje, które mają jakiegokolwiek znaczenie w kontekście umożliwienia Zamawiającemu

dokonania weryfikacji, czy wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia.

Pytanie zawarte w części III lit. C: „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” należy zatem odczytywać w kontekście przesłanki wykluczenia, której to pytanie dotyczy. A ta została wskazana w art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, dalej „Dyrektywa”, i implementowana do polskiego porządku prawnego na mocy postanowienia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. g) Dyrektywy, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, który m.in. wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Stosownie zaś do postanowienia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy 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.

Z powyższego wynika, że pytanie zawarte w części III lit. C JEDZ nie dotyczy każdego przypadku naliczenia kary umownej.

Przystępujący podkreślał, że brak przedstawienia informacji w JEDZ dotyczących naliczonych przez Zamawiającego kar umownych był uzasadniony, faktem, że naliczone przez Zamawiającego kary umowne nie miały charakteru odszkodowawczego, co akcentował Odwołujący. Należy przypomnieć, że w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że zastrzeżone w umowach kary umowne pełnią różne funkcje. Samo nałożenie kary umownej na dany podmiot na podstawie postanowień umownych nie oznacza automatycznie, że dana kara umowna może być uznana za odszkodowanie w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zarówno Przystępujący, jak i Zamawiającego wskazywali, że naliczone w toku realizacji innych umów kary umowne nie były równoznaczne z ich funkcją odszkodowawczą. W przypadku odpowiedzialności odszkodowawczej konieczne jest wykazanie adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy szkodą a zachowaniem je powodującym, zatem o funkcji odszkodowawczej kary umownej można mówić w sytuacji, gdy w wyniku działania wykonawcy zamawiający faktycznie poniósł szkodę.

Odwołujący nie wykazał, aby naliczone przez Zamawiającego wobec Przystępującego kary umowne pełniły funkcje odszkodowawcze, a nie, jak twierdził Zamawiający oraz Przystępujący funkcję prewencyjną oraz funkcję motywacyjną. Zgodzić należy się z Przystępującym, że stanowisko Odwołującego, że w zasadzie każda kara umowna jest równoznaczna z odszkodowaniem, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest chybione, gdyż praktyka realizacji umów w sprawie zamówień publicznych pokazuje, że zastrzeżone kary umowne pełnią różne funkcje.

Dlatego też pytanie zawarte w części III lit. C JEDZ nie obliuguje wykonawcy do wskazywania całej historii kontraktowej, a jedynie do wskazania okoliczności ściśle związanych z podstawą do wykluczenia z postępowania określoną w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odmienna interpretacja obowiązku związanego z odpowiedzią na wspomniane pytanie prowadziłaby do wniosków absurdalnych. Oznaczałaby mianowicie, że wykonawcy zobligowani są w przedmiotowej części opisywać wszystkie przypadki naliczenia kary umownej.

Interpretując postanowienia JEDZ w ten sposób wykonawcy byłiby zobowiązani do szczegółowego opisywania np. przypadków zasądzenia od nich jakiegokolwiek, nawet drobnego odszkodowania w związku z wykonywaniem umowy, na rzecz jakiegokolwiek podmiotu, w tym na rzecz osób trzecich (np. niewielkiego odszkodowania na rzecz uczestników ruchu drogowego w związku ze szkodą poniesioną na terenie infrastruktury drogowej, którą dany wykonawca utrzymuje lub w związku ze szkodą komunikacyjną (kolizją drogową) z udziałem sprzętu wykorzystywanego do realizacji umowy (np. śmieciarki, pojazdu patrolowego itp.). Zauważyć należy, iż postanowienie dotyczące zasądzenia odszkodowania nie wskazuje, na czyją rzecz owo odszkodowanie miałoby zostać zasądzone, zatem stosując szeroką wykładnię należałoby objąć treścią również wspomniane powyżej przypadki (a takich przypadków każdy wykonawca prowadzący działalność objętą zamówieniem niewątpliwie doświadcza).

Wymaga zaznaczenia, że przypadki naliczenia kar umownych, spełniające funkcję prewencyjną lub motywacyjną,

występują w działalności wykonawców, którzy tak jak Odwołujący czy Przystępujący, działają na dość znaczącą skalę. Wymaganie, aby w JEDZ wpisywać wszystkie przypadki naliczenia kar umownych pozostawałoby w oderwaniu od celu, któremu służy wypełnienie JEDZ, tj. zapewnienia Zamawiającemu możliwości oceny, czy dany wykonawca podlega wykluczeniu z uwagi na nałożenie odszkodowania bądź innej porównywalnej sankcji.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku dnia 21 listopada 2023 r., sygn. KIO 3293/23, gdzie Izba wskazała, że „(...) dokument JEDZ nie służy przedstawianiu całej historii kontraktowej wykonawcy, w tym wszelkich zdarzeń, w których realizacja umowy napotykała jakiegokolwiek trudności. Wykonawca zobowiązany jest podać w tym dokumencie informacje na temat takich nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, które mogą skutkować wykluczeniem z postępowania. Jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych (Kara umowna, a sposób wypełniania JEDZ - Urząd Zamówień Publicznych - Portal Gov.pl (www.gov.pl)): Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który 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). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w tej opinii. W związku z tym, że pytanie w dokumencie JEDZ służy weryfikacji istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, niezasadne jest założenie, że w odpowiedzi na to pytanie należy przedstawiać wszelkie zdarzenia zaistniałe w toku realizacji wszelkich umów, bez względu na to, czy wyczerpują one znamiona działań uzasadniających wykluczenie. Zatem w sytuacji, gdy zamawiający nie wykaże, że w przypadku realizacji danej umowy miały miejsce zdarzenia wypełniające przesłanki wykluczenia związane z nienależytą realizacją obowiązków przez wykonawcę, to nie może twierdzić, że oświadczenie wykonawcy w dokumencie JEDZ stanowiło informację wprowadzającą w błąd.”

Dodatkowo, wskazywanie w JEDZ absolutnie wszystkich przypadków zasądzenia odszkodowania prowadziłoby do nieuzasadnionego i znaczącego zwiększenia objętości dokumentu JEDZ, znacznie utrudniałoby jego sporządzenie, skoro każdy, nawet najmniej istotny przypadek zasądzenia odszkodowania, niemający nic wspólnego z nienależytym wykonaniem umowy, musiałby przez wykonawcę zostać wskazany i szczegółowo tam opisany. Przeczyłoby to samej idei wprowadzania do systemu zamówień publicznych dokumentu JEDZ, którą było uproszczenie i odformalizowanie procedury ubiegania się o zamówienie publiczne. Z drugiej strony mnożenie w JEDZ informacji niezwiązanych z zasądzeniem odszkodowania, zmuszałoby zamawiających do analizowania szeregu informacji niemających znaczenia dla przebiegu postępowania, utrudniając prawidłowy przebieg postępowania i w nieuzasadniony sposób wydłużając procedury udzielania zamówień publicznych.

W odniesieniu do przypadku dotyczącego Przystępującego należy wskazać, że proste przenoszenie na grunt niniejszej sprawy stanowisk wyrażonych na gruncie rozpoznawania zupełnie innych stanów faktycznych nie sposób uznać za wystarczające do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu winna zostać podjęta z uwzględnieniem art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, który nawiązuje do zasady proporcjonalności, wskazując że zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Powyższy przepis w sposób szczególny akcentuje konieczność podejmowania przez zamawiającego decyzji z poszanowaniem zasady proporcjonalności, która na mocy art. 16 pkt 3 ustawy Pzp powinna znajdować zastosowanie do wszystkich czynności podejmowanych w postępowaniu.

Przystępujący wyjaśnił, że brak wskazania na naliczone przez Zamawiającego kary umowne był poprzedzony oceną istotności i zakresu naruszeń wykonawcy i nie był oparty tylko na subiektywnej ocenie Przystępującego. Ocena ta była związana z treścią referencji, które od Zamawiającego uzyskał Przystępujący w związku z wykonaniem na jego rzecz umów, na które powołuje się Odwołujący. W zakresie umowy 58/2022, Dróg-Pol w dniu 23.09.2025 r. uzyskał referencje, gdzie stwierdzono, że „Na dzień wystawienia referencji, na umowie nie naliczono żadnych kar ani potrąceń na rzecz Zamawiającego, a całość prac została wykonana zgodnie z umową, obowiązującymi przepisami techniczno-budowlanymi oraz normami. Wszelkie usługi w zakresie umowy zostały wykonane w terminie z należytą starannością.”

Dodatkowo, jak wyjaśnił Przystępujący, naliczona kara umowna o łącznej kwocie 4000 zł za niezgodne z zatwierdzonym projektem organizacji ruchu wprowadzenie zmian w oznakowaniu lub jego brak – w czasie prowadzenia prac, naliczana jest za jakiegokolwiek odstępstwo od czasowej organizacji ruchu, tj. nawet za przesunięcie znaku o kilkadziesiąt centymetrów i inne drobne naruszenia, niezależnie od ich doniosłości. Ponadto, Przystępujący podkreślał,

że właściwe oznaczenie jest kwestią porządkową, a nie istotnym zobowiązaniem umownym, zobowiązanie polega bowiem w tym zakresie na realizacji zleczanych usług. Na uwagę zasługuje również fakt, że powyższe naruszenie nie powtarzało się permanentnie, skoro na 4 lata realizacji umowy Przystępującemu naliczono 2 kary umowne, na co wskazuje sam Odwołujący. Równocześnie referencje jakimi dysponował Przystępujący przed złożeniem oferty nie odnotowały tego faktu, zatem wydaje się, że sam Zamawiający ocenił, że naruszenia umowy nie były istotne.

W odniesieniu do umowy nr 225/2021 z dnia 10.09.2021 r., Zamawiający w referencjach wskazał, że „W trakcie trwania umowy zostały naliczone kary za przekroczenie terminu, niewłaściwe oznakowanie oraz niedotrzymanie standardu zimowego utrzymania na kwotę: 233 883,05 zł. Wszystkie pozostałe prace objęte zamówieniem zostały wykonane należycie oraz zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca realizuje przedmiot umowy zgodnie z wytycznymi i zaleceniami. Dotrzymuje ustalony w opisie przedmiotu umowy standard utrzymania dróg. Zdarzają się Wykonawcy drobne odstępstwa od standardu, które skutkują naliczeniem kar umownych. Wykonawca na bieżąco informuje Zamawiającego o zagrożeniach i zdarzeniach na drodze, podejmując terminowo działania zabezpieczające. Przekazuje informacje o prowadzonych pracach. Wykazuje posiadane zasoby sprzętowe i kadrowe ujęte w harmonogramach i programach informatycznych. Wspólnie z Zamawiającym planuje prace w godzinach dziennych i nocnych.” Powyższe potwierdza o braku charakteru odszkodowawczego kar umownych w niniejszym przypadku, kary te spełniały raczej rolę dyscyplinującą.

Ponadto, Przystępujący wskazywał, że wartość umowy objęta referencjami wynosiła 102 931 784,79 zł, zatem wskazane kary umowne stanowią zaledwie 0,2 % wartości kontraktu. Co również istotne, Przystępujący podkreślał, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że znaczna część naliczonych Przystępującemu kar umownych przypada na ponad 3 lata przed terminem składania ofert (łącznie wartość powyższych kar to 195 783,05 zł według Przystępującego), zatem w kontekście art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, w ogóle nie powinna być brana pod uwagę w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Reasumując, nie sposób twierdzić, aby którakolwiek z naliczonych kar umownych, wskazywanych przez Odwołującego, w ramach realizacji umów na rzecz Zamawiającego spełniała przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż naruszenia umów nie dotyczą znacznego zakresu niewykonania czy też nienależytego wykonania istotnych zobowiązań umownych, są marginalne na tle zakresu i przedmiotu umów, stąd brak jest podstaw do wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się także zarzut zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo ziszczenia się w stosunku do tego wykonawcy przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, że wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd (poprzez zatajenie informacji na temat przeszłości kontraktowej), co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Należy wskazać, że określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp przesłanki, wykluczenia wykonawcy, stanowią implementację do krajowego porządku prawnego postanowień art. 57 ust. 4 lit. h) oraz i) Dyrektywy. Zgodnie z tymi postanowieniami, instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcę znajdującego się w co najmniej jednej z następujących sytuacji:

h) jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59; lub

i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.

Ww. podstawy wykluczenia mają na gruncie Dyrektywy charakter fakultatywny, jak wszystkie inne przesłanki wykluczenia określone w ust. 4 art. 57 Dyrektywy (obligatoryjne podstawy wykluczenia zostały ujęte w ust. 1 i 2 tego przepisu).

Jak wprost wskazuje prawodawca unijny w motywie 101 Dyrektywy „Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy.”

Wymaga zaznaczenia, że w aktualnym stanie prawnym samo stwierdzenie przez zamawiającego wskazania informacji wprowadzającej go w błąd (podanie informacji nieprawdziwej) nie jest wystarczające do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp wykluczenie może dotyczyć wyłącznie takich przypadków wprowadzenia w błąd zamawiającego, w ramach których: błąd dotyczy tego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, zatajone zostały informacje istotne z punktu widzenia oceny przesłanki wykluczenia, błędne informacje mogły mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Innymi słowy, poza samym faktem wprowadzenia w błąd (co i tak zdaniem Izby w stanie faktycznym sprawy nie nastąpiło) Odwołujący winien był wykazać, że charakter tego błędu był taki, że gdyby Zamawiający otrzymał informacje zgodne z rzeczywistością mógłby w postępowaniu podjąć inne decyzje (w szczególności wykluczyć wykonawcę z postępowania z uwagi na naliczone kary umowne).

Skoro w stanie faktycznym sprawy, jak już wskazano powyżej, Przystępujący prawidłowo uzupełnił JEDZ i nie mógł być z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wykluczony, nie mógł on tym samym wprowadzić w błąd Zamawiającego co do tego, że wykluczeniu nie podlega. Informacja co do niepodlegania przez Przystępującego wykluczeniu jest informacją prawdziwą, niewprowadzającą Zamawiającego w błąd ani nawet niemogącą go w takim zakresie w błąd wprowadzić.

Aby móc mówić o wprowadzeniu w błąd należy stwierdzić obiektywnie, że przy ocenie oferty wykonawcy, Zamawiający nie miał świadomości istnienia okoliczności mogących nawet potencjalnie skutkować wykluczeniem z postępowania. Na uwagę zasługuje fakt, że to Zamawiający będący gospodarzem postępowania naliczył kary umowne wskazane przez Odwołującego w odwołaniu, zatem wszystkie okoliczności faktyczne związane z naliczeniem tych kar umownych były Zamawiającemu znane i Zamawiający mógł je ocenić i ocenił przez pryzmat przesłanek wykluczenia określonych w postępowaniu, w tym przez pryzmat art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodzić należy się z Przystępującym, że wobec wiedzy i świadomości Zamawiającego co do naliczonych Dróg-Pol kar umownych nie sposób mówić o nawet potencjalnym wpływie na wynik postępowania. Dlatego też mając na względzie fakt, że wskazane w odwołaniu kary umowne, zostały nałożone na Dróg-Pol właśnie przez Zamawiającego przesłanka wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp nie będzie miała zastosowania.

Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 9 maja 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 47/24, gdzie wskazano, że „Nie umknęło jednak uwadze Sądu Okręgowego, że w tej konkretnej sprawie występuje tożsama konfiguracja podmiotowa co w przypadku poprzednich umów o zamówienie publiczne. Zarówno przy realizacji inwestycji w (...) jak i „linii (...)” Zamawiającym był (...), wykonawcą zaś Konsorcjum (...). W świetle tych okoliczności zastosowanie sankcji wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP nie odnajduje uzasadnienia. Trudno bowiem uznać, aby Zamawiający (...) mógł zostać wprowadzony w błąd co do informacji, które w istocie stanowiły przejaw jego własnej decyzji, a już tym bardziej aby takie informacje nie były wzięte pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponad wszelką wątpliwość (...) będący Zamawiającym zarówno w niniejszym postępowaniu jak i poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na które wskazywał Skarżący, miał wiedzę o nałożonych przez siebie samym karach umownych. Zamawiający nie mógł więc zostać wprowadzony w błąd bowiem miał świadomość istniejącego stanu rzeczy. Okoliczność jednakowej w każdym z tym postępowań konfiguracji podmiotowej pozostaje zatem kluczowa dla zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia. Okoliczność, że Zamawiający wiedział o nałożonych na Wykonawcę karach umownych uniemożliwia zmaterializowanie się przesłanki wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP – z przyczyn obiektywnych nie mogło bowiem dojść do wprowadzenia błęd w rozumieniu tego przepisu.”

W tym stanie rzeczy nie sposób jest stwierdzić, aby w stanie faktycznym sprawy w odniesieniu do Przystępującego zachodziła przesłanka wykluczenia określona w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Jednocześnie nie sposób jest uznać, aby w sprawie niniejszej doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie informacji mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu. W konsekwencji, przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w odniesieniu do Przystępującego również nie zachodziła.

Należy pamiętać, że celem wprowadzenia do ustawy Pzp wspomnianych regulacji (art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10) było wyłącznie wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców nierzetelnych. Tymczasem w sytuacji, która ma miejsce na gruncie niniejszej sprawy powodem zaniechania przez Przystępującego podania informacji o naliczonych karach umownych nie była jakakolwiek chęć zatajenia ww. informacji czy też jakakolwiek inna postać jego winy, lecz jedynie przyjęta przez niego rozsądna interpretacja postanowień JEDZ oraz przepisów o zamówieniach publicznych, a także świadomość, że kary umowne zostały naliczone przez samego Zamawiającego.

Reasumując, nie sposób twierdzić, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do podlegania wykluczeniu, skoro odpowiedź na pytanie w JEDZ jest bezpośrednio związana ze wskazaną podstawą wykluczenia, która wobec Przystępującego nie zaistniała oraz Przystępujący wypełniał JEDZ opierając się na opiniach Zamawiającego dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia w ramach umów. Ponadto, Zamawiający jako podmiot, który sam nałożył kary w ramach umów miał świadomość ich istnienia, ich rodzaju i sam dokonał ich oceny w odniesieniu do art. 109 ust. 1 pkt 7, co przejawia się m.in. w przedłożonych referencjach.

Odnosząc się do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, nie sposób uznać, że takiego czynu dopuścił się Przystępujący, w szczególności biorąc pod uwagę fakt związku odpowiedzi w JEDZ z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i brak spełnienia przesłanek do wykluczenia Przystępującego z postępowania, jak również fakt świadomości i wiedzy Zamawiającego co do naliczonych przez niego samego kar umownych.

Dlatego też Izba uznała, że wybór oferty Przystępującego był prawidłowy. Tym samym nie sposób uznać, aby Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 ustawy Pzp,

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....