

**WYROK**  
**z dnia 16 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Maksym Smorczewski

**Protokolant:** Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agromex Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Agromex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu oraz DB Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Poznaniu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, i nakazuje zamawiającemu Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu:
  - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - 1.2. wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu oraz DB Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,
  - 1.3. odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu oraz DB Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z

siedzibą w Poznaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych,

- 1.4. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. oddać odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agromex Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Agromex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w ½ (słownie: jednej drugiej) części oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu oraz DB Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Poznaniu w ½ (słownie: jednej drugiej) części:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agromex Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Agromex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu oraz DB Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Poznaniu na rzecz Agromex Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Agromex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu,
  - 3.3. uzasadnione koszty postępowania odwoławczego znosi wzajemnie między W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu oraz DB Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Poznaniu i Agromex Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Agromex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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:** .....

## UZASADNIENIE

W dniu 1 grudnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Agromex Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu oraz Agromex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący”) na zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu oraz DB Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Poznaniu przez zamawiającego Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Zamawiający”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa komunalnego osiedla mieszkalnego przy ul. Nadolnik w Poznaniu. Numer referencyjny: ZP.200.3.2022” (dalej jako „Postępowanie”).

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „1. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Poznaniu oraz DB Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.j. z siedzibą w Poznaniu, dalej „Konsorcjum W.”, mimo iż Lider Konsorcjum – W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a które to informacje mają istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie wykluczenia z postępowania - wykonawca nie przyznał, że znajduje się w sytuacji, w której z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu i zakresie nie wykonał oraz nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonywanej na rzecz Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego i Rehabilitacji Medycznej SPZOZ w Poznaniu, której przedmiotem była przebudowa, rozbudowa i remont ZOLiRM o dodatkowe skrzydło wraz z wbudowanym wyposażeniem, co doprowadziło do odszkodowania (kar umownych) oraz odstąpienia od umowy oraz nie przyznał, że analogiczne podstawy

wykluczenia zaistniały w odniesieniu do umowy zwartej ze Szpitalem w Puszczykowie im. Prof. S.T. Dąbrowskiego S.A., której przedmiotem było ETAP I „Rozbudowa Szpitala w Puszczykowie im. Prof. S.T. Dąbrowskiego S.A. o budynek Bloku Operacyjnego wraz z budową szybu windowego. Etap II: Budowa Bloku Operacyjnego wraz z wyposażeniem i Centralną Sterylizatornią” - w tym przypadku doszło do odszkodowania (naliczenia kar umownych);

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Wegner pomimo, iż Lider Konsorcjum – W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. podlega wykluczeniu, gdyż z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał i długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania (kar umownych) oraz odstąpienia od tej umowy (umowa na rzecz Zakładu Opiekuńczo- Leczniczego i Rehabilitacji Medycznej SPZOZ w Poznaniu, której przedmiotem była przebudowa, rozbudowa i remont ZOLiRM o dodatkowe skrzydło wraz z wbudowanym wyposażeniem), jak również analogiczne podstawy wykluczenia zaistniały w odniesieniu do umowy zwartej ze Szpitalem w Puszczykowie im. Prof. S.T. Dąbrowskiego S.A. - doszło do odszkodowania (naliczenia kar umownych), zaś Konsorcjum W. nie wykazało swojej rzetelności zgodnie z art. 110 ust. 2 Pzp ani nie występuje sytuacja, w której wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- „1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu;
3. odrzucenia oferty Konsorcjum W. z uwagi na fakt, że została ona złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;
4. ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu”.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu oraz DB Serwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł sprzeciw co do uwzględnienia w całości zarzutów

przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego oraz wnioś o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie na roboty budowlane z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 037-094439.

W rozdziale VII ust. 1 pkt 1.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10 ustawy PZP, tj. (...) 6) 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, 7) 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, (...) 9) 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 (...)”.

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i Przystępujący; obie oferty zostały złożone w dniu 5 października 2022 r.

Wraz z ofertą Przystępujący złożył oświadczenie W. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „W.”) o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzone

zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej jako „JEDZ”), w którym na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? W. podał odpowiedź „Tak”, a na prośbę o ich opisanie wskazał, że „Szczegółowe informacje na ten temat zawarte są w załączonym piśmie wykonawcy z dnia 23 września 2022 r.” oraz pismo datowane na 23 września 2022 r. zatytułowane „Wyjaśnienia WE. w zakresie sposobu wypełnienia JEDZ w zakresie punktu: „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.”” (dalej jako „Wyjaśnienia”) o treści „Zamawiający w niniejszym postępowaniu przetargowym wskazał jako przesłanki wykluczenia tzw. przesłanki fakultatywne, określone w szczególności w przepisach art. 109 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „Ustawa PZP”), w tym m.in. wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy PZP. Nadto w postępowaniu przetargowym Zamawiający wymaga zastosowania i złożenia formularza JEDZ. Skutkiem wskazania w SWZ i w ogłoszeniu, iż Zamawiający będzie stosował w/w przesłanki wykluczenia, jest obowiązek wypełnienia przedmiotowego punktu w formularzu JEDZ – poprzez zaznaczenie odpowiedniej odpowiedzi „TAK” lub „NIE”. W pierwszej kolejności pragniemy wskazać, że zdaniem W. wymóg zaznaczenia opcji "TAK" w przedmiotowym punkcie JEDZ powstaje jedynie w sytuacji zmaterializowania się przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w wyżej wskazanych przepisach (tj. w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 Ustawy PZP). Słuszność powyższego stanowiska wynika z wykładni systemowej, która oprócz literalnego brzmienia przedmiotowego punktu JEDZ, nakazuje także uwzględnić sposób implementacji tego obowiązku do polskiej ustawy. A zatem odpowiedź na pytanie mieszczące się w przedmiotowej pozycji formularza JEDZ powinna być zawsze udzielana – zgodnie z brzmieniem wskazanych przepisów – z uwzględnieniem przyczyn leżących po stronie wykonawcy i zawsze w oparciu o ocenę zaistniałych w danej sprawie okoliczności faktycznych. A zatem sposób wypełnienia tego punktu formularza JEDZ nie pozostaje w oderwaniu od stanu faktycznego i prawnego. Tym samym należy uznać, że przedmiotowy punkt formularza JEDZ nie odnosi się do jakiegokolwiek rozwiązania umowy realizowanej przez danego wykonawcę. Sposób wypełnienia przedmiotowego punktu jest zawsze

osadzony w danym brzmieniu SWZ dotyczącym przedmiotowej fakultatywnej przesłanki wykluczenia. Skoro zaś sam obowiązek wypełnienia przedmiotowego punktu JEDZ powstaje w sytuacji, gdy zastosowanie mają przesłanki wykluczenia określone w szczególności w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy PZP, to oczywistym jest, że przy wypełnianiu JEDZ w tym zakresie wykonawcy powinni analizować ewentualne zaistnienie przesłanek wykluczenia określonych w tych przepisach. Wskazać należy, że Formularz JEDZ jest przede wszystkim dokumentem europejskim, odpowiadającym w pierwszej kolejności dyrektywom, co przekłada się w szczególności na konstrukcję JEDZ w części odnoszącej się do przesłanek wykluczenia. Część ta odzwierciedla dyrektywy, a nie treść art. 109 Ustawy PZP. Z uwagi na taki charakter JEDZ w instrukcji stanowiącej załącznik nr 1 do Rozporządzenia Wykonawczego Komisji UE 2016/7 wskazano, że aby ułatwić wykonawcom czynność wypełniania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, państwa członkowskie mogą wydawać wytyczne dotyczące stosowania tego dokumentu, na przykład w celu wyjaśnienia, które przepisy prawa krajowego są istotne w odniesieniu do sekcji C w części III. W Polsce taką rolę pełni Instrukcja wypełniania JEDZ przygotowana przez Urząd Zamówień Publicznych i opublikowana na oficjalnej stronie internetowej UZP – [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl). W wyjaśnieniach dotyczących przedmiotowego pytania wskazano: „W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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 lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje. Wskazana podstawa do wykluczenia z postępowania ma charakter fakultatywny, tzn. zamawiający może ją przewidzieć do badania wykonawców w treści ogłoszenia o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Wykonawca wypełnia formularz w tym zakresie tylko w sytuacji, gdy zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat.”. Podczas wykonywania przez W. jednej z umów zawartych w odniesieniu do zamówienia publicznego zaistniał spór pomiędzy W. i zamawiającym realizującym wskazane zamówienie publiczne. W ramach tego sporu W. złożyła oświadczenie o odstąpieniu umowy w sposób zgodny z umową. Aktualnie strony są w trakcie

przygotowania inwentaryzacji. Wykonawca przygotował i przekazał Zamawiającemu dokumentację powykonawczą zrealizowanych dotychczas robót budowlanych oraz złożył wnioski o zabezpieczenie dowodu – oględzin biegłego sądowego z wykonanych robót. W tym stanie faktycznym sprawy, zgodnie z ww. instrukcją wypełnienia JEDZ, sprawa ta nie kwalifikuje się do wskazania jej w przedmiotowej pozycji formularza JEDZ. Niezależnie jednak od wskazanego powyżej stanowiska opartego na analizie prawnej przepisów prawa, w tym także prawa europejskiego – W. na bieżąco analizuje praktykę, w tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Powszechnych w zakresie stosowania Ustawy PZP. Odnotowaliśmy zatem istnienie poglądów Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, które są przeciwne do wyżej przedstawionej wykładni. Obecnie nie istnieje jednolita linia orzecznicza w zakresie sposobu wypełniania przedmiotowej pozycji JEDZ w stanach faktycznych analogicznych do stanu, w jakim znajduje się W. . Z jednej strony słuszność powyżej przedstawionego stanowiska W. potwierdzają następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: ✓ wyrok z dnia 4 grudnia 2019 r. KIO 2336/19, ✓ wyrok z dnia 12 października 2020 r. KIO 2117/20, ✓ wyrok z dnia 3 listopada 2020 r. KIO 2573/20, ✓ wyrok z dnia 22 marca 2020 r. KIO 525/21. Z drugiej zaś strony wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 roku, sygn. akt XXIII Ga 469/19 zainicjował nową linię orzeczniczą, potwierdzającą zasadność wykluczenia wykonawcy w przypadku zaistnienia koniunkcji następujących okoliczności: zaistnienia rozwiązania przed czasem umowy w sprawie zamówienia publicznego (niezależnie od przyczyn) oraz zaznaczenia „NIE” w przedmiotowym punkcie formularza JEDZ (np. wyrok z dnia 18 czerwca 2020 r. KIO 706/20, wyrok z 26 listopada 2020 r., KIO 2918/20; wyrok z 26 stycznia 2021 r. KIO 3450/20). Mając na uwadze powyższe okoliczności, w tym m.in. przedstawione powyżej rozbieżne stanowiska występujące w orzecznictwie, w ocenie W. zasadnym jest poinformowanie Zamawiającego o wskazanym powyżej zaistniałym sporze. Spółka W. skutecznie odstąpiła od umowy z zamawiającym i nie ponosi we wskazanej sprawie jakiegokolwiek odpowiedzialności, jednak istnieje ryzyko, iż sprawa ta ostatecznie rozstrzygana będzie w postępowaniu sądowym. (...) Mając na uwadze informacje przedstawione w początkowej części niniejszego pisma, a działając także z daleko posuniętej ostrożności procesowej, WEGNER zdecydowała się na zaznaczenie opcji "TAK" w przedmiotowym punkcie JEDZ – a to ze względu, iż doszło do rozwiązania przed czasem następującej umowy dot. wykonywania zamówienia publicznego: 1. umowa nr EZ.28.58.2020 z dnia 7 grudnia 2020 r. zawarta przez W. z Wojewódzkim Wielospecjalistycznym Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, której przedmiotem jest przebudowa Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii znajdującego się na II p. Budyńku Głównego Szpitala (część 2 i 3 zamówienia) oraz przebudowa przestrzeni/pomieszczeń Szpitala dla potrzeb Bloku



Operacyjnego głównego znajdującego się na I p. Budynku Głównego Szpitala wraz z dostawą i montażem sprzętu (część 1 zamówienia). W. wskazuje przy tym, że w wyżej wskazanej sprawie nie zaistniały okoliczności i przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy PZP. W szczególności we wskazanej sprawie nie zachodzi okoliczność niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w znacznym stopniu lub zakresie czy też długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań w trybie odpowiedzialności kontraktowej określonej zasadami polskiego prawa cywilnego z przyczyn obciążających czy też leżących po stronie W. . Szczegółowe wyjaśnienia w tym zakresie przedstawiamy poniżej. Stan faktyczny – wyjaśnienia 1. W. (dalej „Wykonawca”) zawarła Wojewódzkim Wielospecjalistycznym Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi (dalej: Zamawiający) w dniu 7 grudnia 2020 r. umowę nr EZ.28.58.2020 (dalej „Umowa”), której przedmiotem jest przebudowa Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii znajdującego się na II p. Budynku Głównego Szpitala (część 2 i 3 zamówienia) oraz przebudowa przestrzeni/pomieszczeń Szpitala dla potrzeb Bloku Operacyjnego głównego znajdującego się na I p. Budynku Głównego Szpitala wraz z dostawą i montażem sprzętu (część 1 zamówienia). Roboty budowlane miały zostać wykonane na podstawie dokumentacji projektowej 2. W dniu 28 października 2021 r. strony Umowy podpisały aneks terminowy do Umowy, z uwagi na nieprzekazanie Wykonawcy przez Zamawiającego terenu budowy w terminie wynikającym z Umowy. 3. Po rozpoczęciu realizacji robót budowlanych wyszły na jaw liczne braki dokumentacji projektowej. (...) Powyższe braki i wadliwości czyniły niemożliwym realizację robót budowlanych zgodnie z zatwierdzonym do decyzji o pozwoleniu na budowę projektem budowlanym, przepisami, warunkami technicznymi i normami, a ostatecznie wykluczały odbiór robót przez organy, o których mowa w art. 56 Prawa budowlanego i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. (...) 5. Zamawiający, przez cały okres realizacji Umowy kwestionował jakoby dokumentacja była wadliwa lub niekompletna. (...) 7. Zamawiający zakwestionował wnioski Opinii i w dalszym ciągu odmawiał uzupełnienia i poprawienia dokumentacji projektowej. W dniu 22 marca 2022 r. Wykonawca wstrzymał wpisami do dzienników budowy roboty budowlane składające się na przedmiot Umowy. 8. Pomimo wstrzymania robót, sporządzonej Opinii i dalszych wezwań kierowanych do Zamawiającego, dokumentacja projektowa nie została ani poprawiona, ani uzupełniona. Strony nie doszły również do porozumienia w trakcie prowadzonych negocjacji z udziałem profesjonalnych pełnomocników. 9. W tym stanie rzeczy, wobec niemożliwości prowadzenia robót budowlanych w oparciu o przekazaną Wykonawcy dokumentację projektową, kilkumiesięczną bierność Zamawiającego, Wykonawca pismem z dnia 12 lipca 2022 r. odstąpił od Umowy. Oświadczenie o odstąpieniu zostało Zamawiającemu doręczone w dniu 15 lipca 2022 r. (...) 10. Wykonawca uzasadniając złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, wskazał na to, iż pomimo wielokrotnych wezwań Zamawiający nie

przekazał Wykonawcy prawidłowej i uzupełnionej dokumentacji projektowej. Powyższe uniemożliwiło W. realizację robót budowlanych. Wyżej przedstawiony opis działań Zamawiającego jasno pokazuje, że uchybienia i działania Zamawiającego doprowadziły do braku możliwości wykonywania robót budowlanych, a w konsekwencji do konieczności odstąpienia przez Wykonawcę od Umowy. 11. W dniu 19 lipca 2022 r. drogą elektroniczną Zamawiający przesłał Wykonawcy skan oświadczenia o odstąpieniu od Umowy. 12. Zamawiający w swoim oświadczeniu o odstąpieniu wezwał Wykonawcę do przekazania terenu budowy i sporządzenia do dnia 22 lipca 2022 r. inwentaryzacji wykonanych robót. Wykonawca stawiał się w wyznaczonym dniu, jednakże Zamawiający odmówił przeprowadzenia jakichkolwiek czynności odbiorowych. Jednocześnie Zamawiający nie zaproponował żadnego innego terminu do wspólnego przygotowania inwentaryzacji ani jakiegokolwiek innej formy współpracy przy odbiorze robót. W związku z powyższym Wykonawca przygotował protokół inwentaryzacji, który jednostronnie podpisał. (...) Podsumowując powyższe okoliczności W. wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy złożyła skuteczne oświadczenie o odstąpieniu od ww. umowy zawartej z wymienionym zamawiającym. Do złożenia przez W. wskazanego oświadczenia o odstąpieniu od zawartej umowy doprowadziła wadliwość i braki w dokumentacji projektowej, za którą odpowiada zamawiający oraz odmowa usunięcia tych wadliwości i braków przez zamawiającemu, co uniemożliwiło W. realizacji robót budowlanych. Późniejsze oświadczenie o odstąpieniu od Umowy złożone przez Zamawiającego jest natomiast oczywiście bezskuteczne choćby wobec tego, iż niemożliwe jest odstąpienie od Umowy, od której druga ze stron już skutecznie odstąpiła. W efekcie powyższych okoliczności pomiędzy W. i ww. zamawiającym zaistniał spór, który ostatecznie będzie rozstrzygany w postępowaniu sądowym. W okolicznościach sprawy brak jest jednak podstaw do przypisywania Spółce W. odpowiedzialności i uchybień wskazywanych w art. 109 Ustawy PZP (w tym m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 PZP). Powyższe twierdzenia i dowody przedstawione na ich poparcie stanowią wystarczającą podstawę wykazania rzetelności W. . (...)"

W dniu 28 października 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym „oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez Zamawiającego, o których mowa w (...) art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7-10 ustawy PZP” w terminie do dnia 7 listopada 2022 r..

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący w dniu 3 listopada 2022 r. o godzinie 12.25 złożył oświadczenie W. o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym

mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ o treści „Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa komunalnego osiedla mieszkalnego przy ul. Nadolnik w Poznaniu oświadczamy, że informacje zawarte w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w: (...) 9) art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7-10 ustawy PZP. są aktualne / są nieaktualne<sup>1</sup> (niepotrzebne skreślić)” (dalej jako „oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ”).

Zamawiający w dniu 21 listopada 2022 roku przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której wskazano, że „jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. Sp. z o.o. sp.k. i DB Serwis Sp. z o.o. Sp. jawna z siedzibą w Poznaniu (60-196) przy ul. Bukowskiej 177. Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a oferta Wykonawcy nie podlega odrzuceniu. Wykonawca złożył ofertę, która została oceniona jako najkorzystniejsza zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia.”.

W dniu 31 stycznia 2018 r. Wegner zawarł ze Szpitalem w Puszczykowie Im. Prof. S.T. Dąbrowskiego Spółką Akcyjną z siedzibą w Puszczykowie (dalej jako „Szpital”) umowę nr 2/ZP/2018. Zgodnie z § 1 ust. 1 tej umowy Wegner przyjął do wykonania realizację zamówienia pn. Rozbudowa Szpitala w Puszczykowie im. Prof. S.T. Dąbrowskiego S.A. o budynek Bloku Operacyjnego wraz z budową szybu windowego. Etap II: Budowa Bloku Operacyjnego wraz z wyposażeniem i Centralną Sterylizatornią”. W § 1 ust. 2 ww. umowy określono, że „przedmiotem zamówienia jest: 1) realizacja robót budowlanych w ramach zadania, o którym mowa w ust. 1. 2) dostawa sprzętu medycznego wraz z montażem w ramach zadania, o którym mowa w ust. 1.”. W § 3 aneksu nr 1 do ww. umowy zawartego w dniu 23 lipca 2019 r., ustalono „termin zakończenia realizacji Umowy, o którym mowa w § 9 ust. 2) Umowy, na dzień 31 stycznia 2020 r.”.

W piśmie opatrzonym datą 23 grudnia 2019 r. Szpital oświadczył, że „W związku z nienależytym wykonaniem umowy zamawiający uprawniony jest do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 17 ust. 1 pkt 1 Umowy, za okres opóźnienia, tj. od dnia 1 lutego do dnia 27 lutego 2020r. W związku z powyższym kara umowna wynosi 965 804,26 zł i jest płatna w terminie 7 dni od daty otrzymania noty księgowej (załącznik do niniejszego pisma)”. Do przedmiotowego pisma załączona była nota księgowa nr 1/08/2020, datowana na 21 sierpnia 2020 r., w której napisano „Obciążamy Państwa kwotą 965 804,26 965 804,26

(słownie: dziewięćset sześćdziesiąt pięć tysięcy osiemset cztery zł 00/100 ) Tytułem : Zgodnie z umową 2/ZP/2018 z dnia 31 stycznia 2018 roku, § 17 ust.1 pkt. 1 umowy za okres opóźnienia 0,2% wartości brutto za każdy dzień opóźnienia tj 27 dni x 35 770,53”.

W dniu 7 maja 2020 r. W. oraz Healthcare Building Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zawarli z Zakładem Opiekuńczo-Lecznicznym i Rehabilitacji Medycznej Samodzielnym Publicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „ZOLiRM”) umowę nr ZOLiRM/11/2020. Zgodnie z § 1 ust. 1 tej umowy W. oraz Healthcare Building Solutions spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przyjęli do wykonania zadanie „Przebudowa, rozbudowa i remont Zakładu Opiekuńczo-Lecznicznego i Rehabilitacji Medycznej przy ul. Mogilskiej 42 w Poznaniu o dodatkowe skrzydło wraz z wbudowanym wyposażeniem”, obejmujące „wszelkie związane z nim roboty budowlane wraz z załącznikiem nr 2.2 zmniejszającym zakres robót oraz dostawę i montaż wyposażenia, oraz usługi związane z wykonywanymi robotami budowlanymi (...) zwane dalej „Przedmiotem Umowy”. Stosownie do § 1 ust. 2 ww. umowy, „Na Przedmiot Umowy, określony w ust. 1, składają się w szczególności: 1) kompleksowe wykonanie całości robót budowlanych w zakresie szczegółowo określonym w Dokumentacji projektowej z materiału dostarczonego przez Wykonawcę - Załącznik nr 2.1, załącznikiem nr 2.2 zmniejszającym zakres robót do Umowy oraz dostawa i montaż wyposażenia, 2) Sporządzenie projektu budowlanego zamiennego zgodnie z wykazem zmian i uzyskanie w imieniu Zamawiającego ostatecznej zamiennej decyzji pozwolenia na budowę, wraz z pełnieniem Nadzoru Autorskiego. Wykonanie przez Wykonawcę rysunków zamiennych zmieniających zakres projektowo- wykonawczy dotyczący istniejącego skrzydła budynku i uzyskanie zamiennej Decyzji udzielającej pozwolenia na budowę (do zadania Wykonawcy należeć będzie m.in. adaptacja istniejących pomieszczeń na parterze dla powstania Dziennego Domu Opieki Zdrowotnej (DDOM) zgodnie z wytycznymi Ministerstwa Zdrowia oraz adaptacja pomieszczeń na gabinet Dyrektora, Sekretariat itp. W części piwnicznej adaptacja pomieszczeń na Dział farmacji, Post morte, pom. na odpady medyczne, pomieszczenia techniczne i magazynowe itp. (...). W § 2 ust.1 pkt 2) ww. umowy (w brzmieniu ustalonym aneksem nr 5 zawartym w dniu 24 listopada 2021 r.) określono, iż „zakończenie realizacji Przedmiotu Umowy wraz z uzyskaniem i przekazaniem Zamawiającemu decyzji, o których mowa w § 1 ust. 2 Umowy nastąpi w terminie do 29 miesięcy licząc od dnia zawarcia Umowy, w tym w okresie 25 miesięcy nastąpi zakończenie robót budowlanych (do 31 lipca 2022 r.) i w kolejnych 2 miesiącach wykonanie pozostałych zobowiązań wynikających z Umowy”.

W dniu 28 października 2022 r. ZOLiRM przekazał Wegner oraz Healthcare Building Solutions spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu pismo, w którym oświadczył, że „w związku z przekroczeniem przez Wykonawcę terminów wykonania Umowy oraz poszczególnych punktów harmonogramu, a także naruszeniem obowiązków wynikających z Umowy, w tym nie złożeniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający działając na podstawie § 10 ust. 2 pkt 1, 2 i 15 Umowy nalicza kary umowne w wysokości 4 397 000,00 zł”.

W dniu 3 listopada 2022 r. około godziny 12.00 ZOLiRM przekazał W. oraz Healthcare Building Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu pismo o treści „(...) w związku z 1) przekroczeniem przez Wykonawcę terminu wykonania umowy, który zgodnie z § 2 ust. 1 Umowy upłynął: - w zakresie zakończenia robót budowlanych 31 lipca 2022 r. (w tym przekroczenia terminów poszczególnych punktów Harmonogramu Rzeczowo Finansowego); - w zakresie zakończenia wykonywania Przedmiotu Umowy 30 września 2022 r.; tj. dopuszczeniem się przez Wykonawcę zwłoki w tym zakresie oraz niewykonaniem Umowy mimo wcześniejszych wezwań (pismo z dnia 26.09.2022r.), a także przekroczeniem dodatkowego terminu wyznaczonego na 2 listopada 2022 roku pismem z dnia 24 października 2022; 2) nie przedłożeniem zabezpieczenia należytego wykonania Umowy (które wygasło 7 października 2022 roku), a tym samym braku realizacji obowiązku wynikającego z §12 ust 9 Umowy; działając na podstawie art. 491 §1 kodeksu cywilnego oraz §11 ust 2, 5, 6 pkt 9 i 10 Umowy, niniejszym, składam oświadczenie o odstąpieniu w części niewykonanej (ex nunc) do dnia złożenia niniejszego oświadczenia, od Umowy nr ZOLiRM/11/2020 z 7.05.2020 r. (...)”.

W tym samym dniu ZOLiRM poinformował W. oraz Healthcare Building Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, że w związku z odstąpieniem od ww. umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy naliczył kary umowne w wysokości 4.007.000 zł oraz wezwał W. oraz Healthcare Building Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu do zapłaty tej kwoty.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania oraz dokumentach załączonych do pisma Przystępującego z 13 grudnia 2022 roku i złożonych na posiedzeniu: umowie nr 2/ZP/2018 zawartej w dniu 31 stycznia 2018 r. pomiędzy Szpitalem a W., aneksie nr 1 do umowy o numerze 2/ZP/2018 zawartym 23 lipca 2019 roku, piśmie Szpitala opatrzonym datą 23 grudnia 2019 r. wraz z załącznikiem - notą księgową z 21 sierpnia 2020 r. nr 1/08/2020, umowie nr ZOLiRM/11/2020 zawartej 7 maja

2020 r. pomiędzy ZOLiRM a Wegner oraz Healthcare Building Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, aneksie nr 5 z dnia 24 listopada 2021 r. do umowy nr ZOLiRM/11/2020, piśmie ZOLiRM datowanego na 28 października 2022 r. zatytułowanego „Naliczenie kar umownych i wezwanie do zapłaty”, piśmie ZOLiRM datowanego na 3 listopada 2022 r. zatytułowanego „Odstąpienie od umowy”, piśmie ZOLiRM datowanego na 3 listopada 2022 r. zatytułowanego „Naliczenie kar umownych i wezwanie do zapłaty”, wydruku listu elektronicznego z 3 listopada 2020 r. godz. 12.20.

Izba pominęła pozostałe dokumenty załączone do pisma Przystępującego z 13 grudnia 2022 roku oraz złożone na posiedzeniu i rozprawie, gdyż nie miały one znaczenia dla ustalenia faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją Odwołującego i Przystępującego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawionymi w trakcie rozprawy w dniu 14 grudnia 2022 roku Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzut naruszenia „art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp” Izba uznała za uzasadniony w zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp.

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”, stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy

przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych”, zaś art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp stanowi, iż „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”, a stosownie do art. 16 Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny”.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że zgodnie z art. 109 ust. 2 Pzp Zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy na podstawie określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7), pkt 8) i pkt 10) Pzp, jeżeli dana podstawa wykluczenia została wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, oraz że podstawy wykluczenia wykonawcy określone w art. 109 ust. 1 pkt 7), pkt 8) i pkt 10) Pzp zostały wskazane w SWZ.

Mając na uwadze treść zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a także ww. argumentację Odwołującego i Przystępującego, należy wskazać, że z treści art. 109 ust. 1 pkt 7), pkt 8) i pkt 10) Pzp nie wynika, aby któryś z nich zawierał normę nakazującą wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą stosuje się wyłącznie wtedy, gdy stosuje się inną normę nakazującą wykluczenie wykonawcy z postępowania. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp nie jest zatem uzależnione od wystąpienia innej podstawy wykluczenia, w szczególności określonej w art. 109 ust. 1 pkt 8) czy pkt 10) Pzp, a wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp (albo art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp nie jest zaś uzależnione od wystąpienia innej podstawy wykluczenia, w szczególności określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. W konsekwencji aby uznać, że wykonawca powinien zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) albo pkt 10) Pzp nie jest niezbędne stwierdzenie istnienia przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. W tym zakresie w toku postępowania odwoławczego nie było sporu.

Niewątpliwie jest, że:

- w JEDZ złożonym w dniu 5 października 2022 r. na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Wegner podał odpowiedź „Tak”, a na prośbę o ich opisanie wskazał, że „Szczegółowe informacje na ten temat zawarte są w załączonym piśmie wykonawcy z dnia 23 września 2022 r.”, zaś w Wyjaśnieniach przedstawił wyłącznie informacje w zakresie okoliczności odstąpienia od umowy nr EZ.28.58.2020 zawartej 7 grudnia 2020 r. przez W. z Wojewódzkim Wielospecjalistycznym Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi,
- w złożonym w dniu 3 listopada 2022 r. oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ W. oświadczył, że informacje zawarte w JEDZ w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w: art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7-10 ustawy PZP są aktualne,

oraz że składając JEDZ (w szczególności w Wyjaśnieniach) W. nie przedstawił informacji w zakresie zażądania od niego przez Szpital zapłaty kary umownej w wysokości 965.804,26 złotych, zaś składając oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ, nie przedstawił ani tych informacji, ani informacji w zakresie zażądania od niego przez ZOLiRM zapłaty kary umownej w wysokości 4.397.000 złotych.

Należy wskazać, że zawarte w JEDZ pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” jest proste, a udzielenie odpowiedzi na nie sprowadza się do stwierdzenia, czy wystąpiły opisane w nim sytuacje. W przypadku, gdy doszło do wystąpienia takiej sytuacji (jednej bądź wielu), wykonawca zobowiązany jest podać odpowiedź „Tak” i ją (czy je) opisać.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r. wydanego w postępowaniu toczącym się pod sygn. KIO 449/22, formuła ww. pytania „daje zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia czy problemy, na które natknął się wykonawca w toku realizacji innych inwestycji są na tyle poważne i na tyle wpływają na obraz wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Weryfikacja ta nie będzie możliwa, jeżeli wykonawca nie dokona notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ. W szczególności, że udzielenie pozytywnej odpowiedzi



na sporne pytanie nie oznacza automatycznego wyeliminowania wykonawcy z postępowania, co będzie możliwe dopiero po stwierdzeniu przez zamawiającego zaistnienia wszystkich przesłanek podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Niemniej, w sytuacji, w której wykonawca nie uznaje się za podlegającego eliminacji, nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o określonych w omawianym pytaniu zdarzeniach (nie zaś o całej historii kontraktowej). Podobnie stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie wskazano: „Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który „oczyściłby się” z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musiał być transparentny w tym zakresie i „zaferować” Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją” (tak wyrok z dnia 23.08.2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19). Warto również zaznaczyć, że konstrukcja JEDZ umożliwia wykonawcy pełne wykazanie niepodlegania wykluczeniu i daje możliwość szerokiego odniesienia się do udzielonych informacji, oczywiście pod warunkiem, że taka informacja zostanie wskazana – po zaznaczeniu odpowiedzi „tak” na sporne pytanie w JEDZ mamy pole do wypełnienia pn. „proszę je opisać”, gdzie wykonawca ma możliwość szczegółowego odniesienia się do udzielonej odpowiedzi”.

Zdaniem Izby „porównywalną sankcją”, o której jest mowa w zawartym w JEDZ pytaniu „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” jest kara umowna (co nie było sporne pomiędzy Odwołującym a Przystępującym), a żądanie zapłaty kary umownej stanowi „nałożenie porównywalnej sankcji”.

Nie ulega wątpliwości, że oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ było dokumentem, który miał potwierdzać aktualność (na chwilę jego złożenia) informacji zawartych w JEDZ, między innymi w zakresie podstawy wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5) oraz 7) – 10) Pzp - czyli że na chwilę złożenia tego oświadczenia W. nie podlega wykluczeniu w zakresie tych podstaw wykluczenia z Postępowania. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż w przypadku, gdy sytuacja opisana w zawartym w JEDZ pytaniu „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?” wystąpiła w okresie od dnia złożenia JEDZ do dnia złożenia oświadczenia, W. w oświadczeniu tym powinien wskazać, że ww. informacje zawarte w JEDZ nie są aktualne oraz przedstawić aktualne informacje w zakresie podstaw wykluczenia wymienionych w JEDZ.

W świetle treści pisma datowanego na 23 grudnia 2019 r., w którym Szpital oświadczył, że „W związku z nienależyтым wykonaniem umowy zamawiający uprawniony jest do naliczenia kary umownej, o której mowa w § 17 ust. 1 pkt 1 Umowy, za okres opóźnienia, tj. od dnia 1 lutego do dnia 27 lutego 2020r. W związku z powyższym kara umowna wynosi 965 804,26 zł i jest płatna w terminie 7 dni od daty otrzymania noty księgowej (załącznik do niniejszego pisma)”, oraz ww. noty księgowej, w której zawarta była prośba o przekazanie należności w ww. wysokości na rachunek bankowy Szpitala, nie może ulegać wątpliwości, że pismem tym Szpital żądał od W. zapłaty kary umownej w wysokości 965.804,26 zł.

Nie było kwestionowane w toku postępowania odwoławczego, że W. miał wiedzę, iż Szpital żądał od niego zapłaty ww. kary umownej zarówno w chwili składania JEDZ w Postępowaniu, jak i w dniu 3 listopada 2022 r., gdy składane było oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ – co jednoznacznie wynika z oświadczenia złożonego na rozprawie przez M. N. – która reprezentowała Przystępującego w Postępowaniu.

Biorąc zaś pod uwagę treść pisma przekazanego W. oraz Healthcare Building Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu przez ZOLiRM w dniu 28 października 2022 r., w którym tenże oświadczył, że „w związku z przekroczeniem przez Wykonawcę terminów wykonania Umowy oraz poszczególnych punktów harmonogramu, a także naruszeniem obowiązków wynikających z Umowy, w tym nie złożeniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy Zamawiający działając na podstawie § 10 ust. 2 pkt 1, 2 i 15 Umowy nalicza kary umowne w wysokości 4 397 000,00 zł (...) i wzywa do zapłaty ww. kwoty (...)” należało przyjąć, że przedmiotowym pismem ZOLiRM żądał od W. zapłaty kary umownej w wysokości 4.397.000 zł.

W świetle bezspornej okoliczności, że ww. pismo zostało przekazane Wegner w dniu 28 października 2022 r. Izba uznała, że w dniu 3 listopada 2022 r., gdy składane było oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ, W. miał wiedzę, że ZOLiRM żąda od niego zapłaty ww. kary umownej.

W tym stanie rzeczy zdaniem Izby W., składając JEDZ w dniu 5 października 2022 r., znajdował się w sytuacji opisanej w zawartym w JEDZ pytaniu „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?”. W konsekwencji zobowiązany był na to pytanie podać odpowiedź „Tak” (co uczynił) oraz ją opisać - przedstawiając informację w zakresie zażądania od niego przez Szpital zapłaty kary umownej w wysokości 965.804,26 złotych, co powinno zostać dokonane w samym JEDZ, ewentualnie w odrębnym dokumencie złożonym równocześnie z JEDZ.

Z kolei składając w dniu 3 listopada 2022 r. oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ W. powinien wskazać, że zawarte w JEDZ informacje w zakresie podstawy wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5) oraz 7) – 10) Pzp nie są aktualne oraz przedstawić aktualne informacje w zakresie tych podstaw wykluczenia, przedstawiając informację w zakresie zażądania od niego przez ZOLiRM zapłaty kary umownej w wysokości 4.397.000 złotych.

Udzielenie przez W. odpowiedzi na zawarte w JEDZ pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” miało służyć ustaleniu, czy nie wystąpiła sytuacja, że W. 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, a w konsekwencji dokonaniu oceny, czy Przystępujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp; w przypadku podania odpowiedzi „Tak” temu samemu służy prośba o opisanie rzeczowej sytuacji.

Aczkolwiek W. w JEDZ na ww. pytanie udzielił odpowiedzi „Tak”, to przedstawienie w Wyjaśnieniach wyłącznie informacji w zakresie okoliczności odstąpienia od umowy nr EZ.28.58.2020 zawartej 7 grudnia 2020 r. przez W. z Wojewódzkim Wielospecjalistycznym Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi, przy jednoczesnym nieprzedstawieniu informacji dotyczących zażądania zapłaty kary umownej przez Szpital spowodowało, że Zamawiający nie uzyskał wiedzy o wszystkich sytuacjach, w których w

związku z wykonywaniem przez W. wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego nałożono na niego „porównywalne sankcje” (zażądano od niego zapłaty kary umownej), a z treści Wyjaśnień wynikało, iż jedyną przyczyną przez Wegner udzielenia odpowiedzi „Tak” na ww. pytanie była sytuacja dotycząca umowy nr EZ.28.58.2020.

Nie może ulegać wątpliwości, że zarówno odpowiedź na zawarte w JEDZ pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, jak i – w przypadku podania na nie odpowiedzi „Tak” – informacja podawana jako opis sytuacji, w której znajdował się wykonawca, stanowią w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp „informacje, że wykonawca nie podlega wykluczeniu”. W tym samym rozumieniu za „zatajenie takiej informacji” należy uznawać nieprzedstawienie „informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu”, którą wykonawca posiada i którą zobowiązany jest przedstawić - w tym sytuacji o zażądaniu od wykonawcy zapłaty kary umownej. Nieprzedstawienie informacji w zakresie zażądania od W. zapłaty przez Szpital kary umownej w wysokości 965.804,26 złotych w kontekście art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp należy więc kwalifikować jako zatajenie informacji, że Wegner nie podlega wykluczeniu.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp wprowadzeniem zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu jest takie postępowanie, które prowadzi do powstania u zamawiającego niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy wyobrażenia co do istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy.

W złożonym w dniu 3 listopada 2022 r. oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ W. oświadczył, że zawarte w JEDZ informacje w zakresie odnoszącym się do podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5) oraz 7) -10) Pzp są aktualne. Tymczasem z chwilą zażądania od W. przez ZOLiRM zapłaty kary umownej w wysokości 4.397.000 złotych informacje te, które nie obejmowały żądania zapłaty tej kary, w zakresie odnoszącym się do podstawy wykluczenia z postępowania określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, przestały być aktualne. Nieprzedstawienie przez W. informacji w zakresie zażądania od niego zapłaty tej kary umownej prowadziło więc do powstania u Zamawiającego niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy wyobrażenia, jakoby informacja w zakresie odnoszącym się do ww. podstawy wykluczenia, przedstawiona w złożonym przez W. oświadczeniu o aktualności informacji zawartych w JEDZ, była aktualna.

Nieprzedstawienie przez W. Zamawiającemu informacji w zakresie zażądania od niego zapłaty kary umownej przez ZOLiRM w chwili składania przedmiotowego oświadczenia należy w konsekwencji uznać za wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że W. nie podlega wykluczeniu w kontekście art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp.

Zdaniem Izby nie może ulegać wątpliwości, że zarówno informacja o zażądaniu od W. przez Szpital zapłaty kary umownej w wysokości 965.804,26 złotych, jak i informacja o zażądaniu od W. przez ZOLiRM zapłaty kary umownej wysokości 4.397.000 złotych, miały znaczenie dla oceny, czy Przystępujący podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, a wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie informacji o zażądaniu od W. przez ZOLiRM zapłaty kary umownej wysokości 4.397.000 złotych mogło mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Przystępującego z Postępowania, stanowiącą w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp decyzję podejmowaną przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Należy stwierdzić, że w przypadku umowy nr 2/ZP/2018 zakończenie realizacji przedmiotu Umowy (zgodnie z używaną w niej terminologią) niewątpliwie nie nastąpiło w terminie określonym w § 3 aneksu nr 1 do ww. umowy zawartego w dniu 23 lipca 2019 r., czyli do 31 stycznia 2020 r., a z treści pisma Szpitala datowanego na 23 grudnia 2019 r. oraz załączonej doń noty księgowej nr 1/08/2020 wynika że podstawą żądania zapłaty kary umownej w wysokości 965.804,26 złotych było opóźnienie w wykonaniu świadczenia, do wykonania którego W. był zobowiązany na podstawie tej umowy.

Również w przypadku umowy nr ZOLiRM/11/2020 zakończenie robót budowlanych nie nastąpiło w terminie określonym w § 2 ust.1 pkt 2) tej umowy (w brzmieniu ustalonym aneksem nr 5 zawartym w dniu 24 listopada 2021 r.), czyli do 31 lipca 2022 r.), a w piśmie ZOLiRM przekazanym W. oraz Healthcare Building Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu 28 października 2022 r. jednoznacznie wskazano, że żądanie zapłaty kary umownej w wysokości 4.397.000 złotych następuje „w związku z przekroczeniem przez Wykonawcę terminów wykonania Umowy oraz poszczególnych punktów harmonogramu, a także naruszeniem obowiązków wynikających z Umowy, w tym nie złożeniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy”.

W ocenie Izby zażądanie kary umownej tytułem opóźnienia w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego wprost wpisuje się w hipotezę normy wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp (por. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r. wydanego w postępowaniu toczącym się pod sygn. KIO 449/22). Nieprzedstawienie informacji w zakresie zażądania od Wegner zapłaty kar umownych przez Szpital i ZOLiRM pozbawiło Zamawiającego zatem zarówno możliwości ustalenia okoliczności istotnych dla zastosowania tego przepisu, jak również dokonania oceny

możliwości niedokonywania wykluczenia Przystępującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 3 Pzp, jako nieproporcjonalnego – uniemożliwiający Zamawiającemu wzięcie pod uwagę spornych pomiędzy stronami tych umów okoliczności w zakresie wykonywania zobowiązań wynikających z tych umów, w tym przyczyn ich niewykonania w ustalonych terminach.

Izba uznała, że zarówno zatajenie informacji w zakresie zażądania od W. zapłaty kary umownej przez Szpital, jak i wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie zażądania od W. zapłaty kary umownej przez ZOLiRM nastąpiło w wyniku zamierzonego działania W. .

Jak wskazano powyżej, W. miał wiedzę, iż Szpital żądał od niego zapłaty kary umownej w wysokości 965.804,26 złotych w chwili składania JEDZ (jak i chwili składania oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ), a w chwili składania przez niego oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ wiedział także, że ZOLiRM żąda od niego zapłaty kary umownej w wysokości 4.397.000 złotych.

Z treści Wyjaśnień wynika, iż W. miał świadomość tego, że Sąd Okręgowy w Warszawie i Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyroki, w których wskazano na istnienie obowiązku podania odpowiedzi „Tak” na zawarte w JEDZ pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” w przypadku, gdy wykonawca znalazł się w sytuacji opisanej w ww. pytaniu bez względu na to, czy podlega on wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) lub art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. W Wyjaśnieniach wskazano, że „działając także z daleko posuniętej ostrożności procesowej, W. zdecydowała się na zaznaczenie opcji "TAK" w przedmiotowym punkcie JEDZ – a to ze względu, iż doszło do rozwiązania przed czasem” umowy nr EZ.28.58.2020, jak również, iż „w ocenie W. zasadnym jest poinformowanie Zamawiającego o wskazanym powyżej zaistniałym sporze. Spółka W. skutecznie odstąpiła od umowy z zamawiającym i nie ponosi we wskazanej sprawie jakiegokolwiek odpowiedzialności, jednak istnieje ryzyko, iż sprawa ta ostatecznie rozstrzygana będzie w postępowaniu sądowym”.

Należy stwierdzić, że pomiędzy sytuacją W. związaną w wykonywaniem umowy nr EZ.28.58.2020 zawartej 7 grudnia 2020 r. z Wojewódzkim Wielospecjalistycznym Centrum Onkologii i Traumatologii im. M. Kopernika w Łodzi a sytuacją związaną z wykonywaniem umowy zawartej ze Szpitalem nr 2/ZP/2018 czy umowy zawartej z ZOLiRM nr ZOLiRM/11/2020 w kontekście treści ww. pytania nie ma relewantnych prawnie różnic. W pytaniu tym zrównane jest rozwiązanie umowy przed czasem (jak w przypadku umowy

nr EZ.28.58.2020) z żądaniem zapłaty kary umownej (czyli „nałożeniem innej porównywalnej sankcji”) w związku z umową (dwie ostatnie umowy). Wszystkie te trzy umowy są umowami w sprawie zamówienia publicznego, we wszystkich trzech sytuacjach W. kwestionuje istnienie swojej odpowiedzialności i istnieje spór pomiędzy zamawiającym i W. . W tym stanie rzeczy nie ma podstaw do uznania, że Wegner, podając odpowiedź „Tak” na ww. pytanie zawarte w JEDZ, zobowiązany był przedstawić informacje w zakresie okoliczności odstąpienia od umowy nr EZ.28.58.2020, a nie był zobowiązany przedstawić informacji w zakresie okoliczności żądania zapłaty kar umownych w związku z ww. umowami nr 2/ZP/2018 oraz nr ZOLiRM/11/2020.

Skoro Wegner podał odpowiedzi „Tak” na ww. pytanie zawarte w JEDZ, a w Wyjaśnieniach przedstawił informacje w zakresie okoliczności odstąpienia od umowy nr EZ.28.58.2020, przy jednoczesnym nieprzedstawieniu informacji dotyczących żądania zapłaty kary umownej przez Szpital, nie sposób uznać, że W. niezamierzenie nie przedstawił tych informacji. To samo dotyczy nieprzedstawienia informacji dotyczących żądania zapłaty kary umownej przez ZOLiRM.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wystąpiły wszystkie okoliczności określone w hipotezie normy zawartej w art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, niezbędne dla zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zważywszy ponadto, że zgodnie z art. 58 ust. 5 Pzp, „przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia” zaistnienie podstawy wykluczenia w odniesieniu do jednego z wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, skutkuje koniecznością wykluczenia wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Na podstawie ww. przepisu Przystępujący podlegał zatem wykluczeniu z Postępowania, a na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp jego oferta powinna zostać odrzucona.

Aczkolwiek trafnie podnosi Przystępujący, iż „przesłanki wykluczenia z art. 109 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) należy stosować z uwzględnieniem art. 109 ust. 3”, to nie można uznać za zasadne twierdzenia, że „w sytuacji gdy roszczenia są sporne zastosowanie wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP byłoby nieproporcjonalne”.

Zgodnie z art. 109 ust. 3 Pzp „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”. Hipoteza wynikającej z tego przepisu normy pozwalającej na zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy nie obejmuje zatem wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) Pzp.

Zarzut naruszenia „art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp” Izba uznała za nieuzasadniony w zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp w zakresie, w jakim podstawy do wykluczenia Przystępującego z Postępowania i odrzucenia jego oferty Odwołujący upatrywał w nieprzekazaniu przez W. informacji o odstąpieniu przez ZOLiRM od umowy nr ZOLiRM/11/2020.

Nie ulega wątpliwości, że w chwili składania JEDZ w Postępowaniu, czyli 5 października 2022 r. W. nie mógł mieć wiedzy o złożeniu przez ZOLiRM oświadczenia o odstąpieniu od ww. umowy w części niewykonanej (ex nunc) do dnia złożenia oświadczenia, gdyż oświadczenie to zostało złożone 3 listopada 2022 r.

Zważywszy zaś, że oświadczenie to zostało przekazane W. w tym dniu około godziny 12.00, a o godz. 12.25 W. złożył w Postępowaniu oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ, biorąc pod uwagę czas niezbędny na tak zwany „obieg korespondencji” w ocenie Izby nie sposób uznać, że nieprzekazanie przez W. informacji o odstąpieniu przez ZOLiRM od umowy nr ZOLiRM/11/2020 w chwili, w której składane było oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, a tym bardziej zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Izba nie podziela przy tym stanowiska Odwołującego, że w sytuacji, gdy wyznaczony przez Zamawiającego termin na złożenie oświadczenia o aktualności informacji zawartych w JEDZ upływał 7 listopada 2022 r., Przystępujący, który złożył to oświadczenie 3 listopada 2022 r., powinien był poinformować Zamawiającego o odstąpieniu przez ZOLiRM od umowy nr ZOLiRM/11/2020, gdyż z żadnego przepisu Pzp nie wynika norma nakazująca wykonawcy informowanie zamawiającego o okolicznościach objętych oświadczeniem o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, zaistniałych przed upływem terminu na złożenie takiego oświadczenia przez wykonawcę, lecz po jego faktycznym złożeniu.

Na marginesie należy wskazać, że nie sposób uznać za trafne stanowiska Przystępującego, iż złożone przez ZOLiRM oświadczenie o odstąpieniu od umowy było pozorne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Zgodnie z art. 83 § 1 tej ustawy, „Nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności



prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności.” Brak jest zaś jakichkolwiek podstaw aby uznać, że W. wyrażał zgodę na złożenie mu tego oświadczenia dla pozorów, w szczególności Przystępujący takich twierdzeń nie podnosił.

Mając na powyższe zarzut naruszenia „art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp” Izba uznała za nieuzasadniony w zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp. Zgodnie z tym przepisem, „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Jak wskazano powyżej, w ocenie Izby nieprzedstawienie informacji w zakresie zażądania od W. zapłaty kar umownych przez Szpital i ZOLiRM było wynikiem zamierzonego działania. W tej sytuacji nie jest możliwe uznanie, że nieprzedstawienie tych informacji było jednocześnie wynikiem niedbalstwa czy lekkomyślności, a w konsekwencji przyjęcie, że Przystępujący podlegał wykluczeniu z Postępowania art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp.

Zarzut naruszenia „art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp” Izba uznała za nieuzasadniony w zakresie naruszenia art. 16 pkt 1) – 3) Pzp.

Należy wskazać, że „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy” (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). W odwołaniu nie wskazano, w jaki sposób w zakresie zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców lub w sposób nieprzejrzysty lub w sposób nieproporcjonalny. W tym stanie rzeczy nie było jakichkolwiek podstaw do uznania, że przepis ten został naruszony przez Zamawiającego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp”.

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”.

Należy wskazać, że dla zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie tego przepisu niewystarczające jest ustalenie, że wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz że umowa ta została wypowiedziana albo że odstąpiono od tej umowy albo że w związku z tą umową zażądano zapłaty odszkodowania (przez co należy rozumieć także karę umowną), doszło do wykonania zastępczego albo zrealizowano uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. Konieczne jest stwierdzenie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwale nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wykonawcę nastąpiło z przyczyn leżących pod jego stroną.

W sytuacji gdy Przystępujący kwestionował, że po stronie W. leżą przyczyny nieterminowego wykonania zobowiązań wynikających z umów nr 2/ZP/2018 i nr ZOLiRM/11/2020 oraz zasadność żądania od niego przez Szpital zapłaty kary umownej w wysokości 965.804,26 złotych i przez ZOLiRM kary umownej w wysokości 4.397.000 złotych, a bezspornym było, że strony tych umów pozostają w sporach w zakresie tych przyczyn i kar umownych, Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia ponad wszelką wątpliwość, że W. 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 nr 2/ZP/2018 bądź w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z umowy nr ZOLiRM/11/2020.

W zakresie naruszenia art. 16 pkt 1) – 3) Pzp również w ramach zarzutu naruszenia „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp” odwołaniu nie wskazano, w jaki sposób w zakresie zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego Zamawiający przeprowadził Postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców lub w sposób nieprzejrzysty lub w sposób nieproporcjonalny. W tym stanie rzeczy nie było jakichkolwiek podstaw do uznania, że przepis ten został naruszony przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia Izba „art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp” w zakresie naruszenia

art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp uznała za nieuzasadniony mając na uwadze zarówno to, iż uznanie, że wykonawca powinien zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) (czy pkt 10)) Pzp nie wymaga stwierdzenia istnienia przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, jak również przedstawione powyżej rozważania dotyczące naruszenia tego przepisu.

Brak podstaw do przyjęcia, że Wegner w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z umowy nr 2/ZP/2018 bądź w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z umowy nr ZOLiRM/11/2020, a w konsekwencji, że Przystępujący podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, skutkuje niemożliwością uznania, że przepis ten powinien stanowić uzasadnienie prawne (podstawę prawną) wykluczenia Przystępującego z Postępowania obok art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp. Brak ten nie stanowi zaś przeszkody dla uznania, że Przystępujący powinien zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż w przypadku wykluczenia Przystępującego z Postępowania i odrzucenia jego oferty oferta ta nie mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, co uzasadniało uwzględnienie odwołania w części.

W tym stanie rzeczy na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1) lit. a) i b) Pzp Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp, odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 2) i ust. 3 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie

zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 20.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) lit. b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego. § 7 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu”, zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 20.000 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, a jednego nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo – w proporcjach 1/2 Zamawiający i 1/2 Przystępujący. Zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) ww. rozporządzenia w konsekwencji zasądzono od Przystępującego na rzecz Odwołującego 1/2 kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania, zaś koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, zniesiono wzajemnie między Odwołującym i Przystępującym.

**Przewodniczący: .....**