

Sygn. akt XXIII Zs 93/23

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 października 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodnicząca:	sędzia Aleksandra Komór
Protokolant:	sekr.sądowy Weronika Banach

po rozpoznaniu w dniu 19 października 2023 r. w Warszawie

na posiedzeniu jawnym

sprawy

z udziałem: zamawiającego Gminy S.;

przeciwnika skargi (odwołującego przed (...)) Przedsiębiorstwa (...) spółki akcyjnej w D.;

ze skargi Konsorcjum: (...) spółki akcyjnej w K., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., (...) spółki akcyjnej w R.;

od punktu 2 i 5 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 7 sierpnia 2023 r., sygn. akt KIO 2120/23,

zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 2 i oddala odwołanie w zakresie zarzutu numer 1 oraz nadaje nowe brzmienie punktowi 5 i kosztami postępowania w sprawie KIO 2120/23 obciąża odwołującego: Przedsiębiorstwo (...) spółkę akcyjną w D.,

5.1 zasądza od Przedsiębiorstwa (...) spółki akcyjnej w

D. na rzecz Gminy S. 3 600 zł (trzy tysiące sześćset

złoty) tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

zasądza od Przedsiębiorstwa (...) spółki akcyjnej w D. na rzecz Konsorcjum: (...) spółki akcyjnej w K., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., (...) spółki akcyjnej w R. 63600 zł (sześćdziesiąt trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

oddala wniosek Gminy S. o zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

Aleksandra Komór

Sygn. akt XXIII Zs 93/23

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina S., w imieniu i na rzecz której działa

(...) Centrum (...) w S. prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: ustawa PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zaprojektowanie i budowa układu dróg gminnych komunikujących istniejącą strefę przemysłową z terenami Strategicznego P. Inwestycyjnego w S.” o numerze referencyjnym: (...). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 marca 2023 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem (...).

W dniu 20 lipca 2023 roku (...) spółka akcyjna z siedzibą w D. na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP w związku z art. 505 ust. 1 ustawy PZP wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

zaniechaniu odrzucania oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki akcyjnej w K., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., (...) spółki akcyjnej w R. z uwagi na zaistnienie w stosunku do tych Wykonawców przesłanek wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 ustawy PZP

ewentualnie, tj. na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty:

zaniechaniu wezwania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co jest skutkiem nieprawidłowego badania i oceny oferty złożonej przez tych Wykonawców polegającego na niezasadnym uznaniu, że oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. nie powinna zostać zweryfikowana przez pryzmat rażąco niskich istotnych części składowych oferty;

a w każdym wypadku:

wyborze oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj.:

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy PZP i w zw. z art. 109 ust. 7 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki akcyjnej w K., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., (...) spółki akcyjnej w R., mimo ziszczenia się w stosunku do tych Wykonawców przesłanek wykluczenia, gdyż Wykonawcy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawili Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mające istotne znaczenie dla decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w postępowaniu, polegające na udzieleniu przeczącej odpowiedzi na pytanie w 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 była nieprawdziwa wobec nałożenia na (...) S.A. oraz (...) sp. z o.o. kar umownych w toku realizacji umowy numer (...) z 9 kwietnia 2021 roku zawartej pomiędzy ww. Wykonawcami, a zamawiającym - (...) Zarządem Dróg Wojewódzkich w ramach zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr (...) S. - W. - O. - L. - P. - W. - H. na odcinku od km ok. 38+313,00 do km ok. 45+621,43 wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury, budowli i urządzeń budowlanych”, numer referencyjny: (...) (dalej: Kontrakt S. - W.);

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP przez zaniechanie wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. z postępowania i - w konsekwencji ~ odrzucenia oferty tychże Wykonawców, mimo, że (...) S.A. oraz (...) sp. z o.o., z przyczyn leżących po ich stronie, długotrwale nienależycie wykonywali istotne zobowiązanie wynikające z

wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia - Kontrakt S. - W. - co doprowadziło do naliczenia (...) S.A. oraz (...) sp. z o.o. kar umownych przez (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich;

art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP przez poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych, które podważyło uczciwość (...) S.A. oraz (...) sp. z o.o. przez brak ustanowienia i utrzymywania ważnego zabezpieczenia należytego wykonania i przez brak zawarcia i utrzymywania ważnej umowy ubezpieczenia w ramach Kontraktu S. - W.;

ewentualnie, tj. na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A.:

art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP przez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w zakresie rażąco niskich istotnych części składowych oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A., w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tych Wykonawców, co doprowadziło do wyboru oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że oferta ta powinna zostać przeanalizowana pod kątem poziomu cenowego i podlegać odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę;

a w konsekwencji powyższego,

art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP przez naruszenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia nakazujących prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z regułami proporcjonalności i przejrzystości.

Wobec tak postawionych zarzutów (...) S.A. wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. w postępowaniu jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;

ewentualnie, tj. na wypadek stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A.:

wezwania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Dnia 12 lipca 2023 roku Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że zarzuty o numerach 1 i 2 były chybione jako, że wskazane przez Odwołującego podstawy do wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. nie miały miejsca, tym samym nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd czy wreszcie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub pkt 10 ustawy PZP i w zw. z art. 109 ust. 7 ustawy PZP, przez brak wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A.

W związku z tym, że Odwołujący odnosił się do zadania Kontrakt S. - W., co do którego Zamawiający nie miał wiedzy, wystąpił on do inwestora ~ (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z pytaniem czy kary umowne przywołane w odwołaniu zostały naliczone (...) S.A.

W odpowiedzi Inwestor, (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich jednoznacznie wskazał, że nie doszło do naliczenia kar umownych w toku realizacji przedmiotowej umowy. Zamawiający wskazywał, że tym samym podnoszony przez Odwołującego zarzut był bezprzedmiotowy, skoro owe naruszenia w ogóle nie miały miejsca.

Dodatkowo podano, że zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP był chybiony, gdyż Zamawiający nie był w posiadaniu jakichkolwiek dowodów, które skutkowałyby odrzuceniem Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. na podstawie powyższego artykułu. Takich dowodów nie przedstawił również Odwołujący.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 sierpnia 2023 roku w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 2117/23 oraz o sygn. akt KIO 2120/23 po rozpoznaniu na rozprawie dnia 2 sierpnia 2023 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 lipca 2023 roku przez Wykonawców:

(...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. (sygn. akt KIO 2117/23),

Przedsiębiorstwo (...) spółkę akcyjną z siedzibą w D. (sygn. akt KIO 2120/23),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę S. z siedzibą w S. w imieniu i na rzecz której działało (...) Centrum (...) z siedzibą w S., przy udziale:

(...) spółki akcyjnej z siedzibą w D. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2117/23 po stronie Odwołującego,

Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki akcyjnej z siedzibą w K., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S., (...) spółki akcyjnej z siedzibą w R. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2117/23 i o sygn. akt KIO 2120/23 po stronie Zamawiającego,

w punkcie pierwszym oddaliła odwołanie o sygn. akt KIO 2117/23;

w punkcie drugim uwzględniła odwołanie o sygn. akt KIO 2120/23 w zakresie zarzutu numer 1 i nakazała Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu (ppkt 2.1); wykluczenie z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) S.A. z siedzibą w K., (...) sp. z o.o. z siedzibą w S., (...) S.A. z siedzibą w R. i odrzucenie ich oferty (ppkt 2.2); powtórzenie czynności badania i oceny ofert (ppkt 2.3);

w punkcie trzecim w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie;

w punkcie czwartym kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2117/23 obciążyła Odwołującego: (...) sp. z o.o. z siedzibą w P., zaś w punkcie piątym kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2120/23 obciążyła Zamawiającego: Gminę S. z siedzibą w S..

Krajowa Izba Odwoławcza w zakresie odwołania (...) spółki akcyjnej z siedzibą w D. zarejestrowanego pod sygn. akt

KIO 2120/23 ustaliła, że w złożonych wraz z ofertą oświadczeniach JEDZ, w zakresie podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, 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?” Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia (...) SA, (...) sp. z o.o., (...) S.A. udzielili przeczących odpowiedzi.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający i Przystępujący po stronie Zamawiającego Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. stali na stanowisku, że w ramach realizacji Kontraktu S. - W. nie doszło do nałożenia kar umownych na (...) S.A., (...) sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza wywodziła, że nie podjęło choćby próby odniesienia się do twierdzeń Odwołującego dotyczących nieprawidłowości, do których miało dość w toku realizacji Kontraktu S. - W.. Przystępujący ograniczył się jedynie do zaprzeczenia twierdzeniom Odwołującego, opierając się na piśmie (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z 27 lipca 2023 roku, w którym Inwestor stwierdził, że na Wykonawcę nie nałożono kar umownych.

Izba przytoczyła treść pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 16 grudnia 2022 roku skierowanego do (...) S.A. i (...) sp. z o.o.:

„ (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w R. informuje, że mając na uwadze zapisy Umowy Nr (...) z dnia 09.04.2021 r. wraz z późniejszymi Aneksami, zobowiązany jest naliczyć Wykonawcy Kary Umowne (...). Kolejnym czynnikiem wpływającym na naliczenie kar umownych jest brak ciągłości ubezpieczenia (...), o którym mowa w pkt 5.21.4 Umowy. Powyższe okoliczności obligują Zamawiającego do zastosowania procedury naliczenia kary zgodnej z Art. 16 Umowy Nr (...) łącznie dla wszystkich Etapów objętych niniejszą Umową (...) zgodnie z art. 16 Umowy, pkt. 16.1.1.b) Zamawiający nalicza, a Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z tytułu braku ubezpieczenia o którym mowa w pkt 5.21.4 w wysokości 1 000,00 PLN za każdy dzień braku ubezpieczenia: Okres ważności ubezpieczenia (...) do ubezpieczenia ryzyk budowy typ (...) nr (...) potwierdzający przyjęcie kontraktu do ochrony: 29.09.2021 r. - 15.11.2022 r. = 412 dni. 412 dni x 1 000,00 zł brutto = 412 000,00 zł brutto. Łączna wysokość kar umownych na dzień

16.12.2022r. w zakresie w/w okoliczności wynosi 429 874,57 zł brutto i zostanie naliczona z najbliższej faktury VAT przedstawionej Zamawiającemu (...).”

Kolejno powołano się na pismo (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 8 marca 2023 roku przeznaczone dla (...) S.A. i (...) sp. z o.o.: „ (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich (...) z tytułu uchybienia przez Wykonawcę terminowi ustanowienia nowego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy nr (...) z dnia 9 kwietnia 2021 r. (...) (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w R. poniżej przedstawia swoje stanowisko w sprawie. Wykonawca wskazuje na brak podstaw do nałożenia, a następnie egzekwowania przez Zamawiającego kary umownej z tytułu uchybienia terminowi ustanowienia nowego zabezpieczenia należytego wykonania Umowy. We wnioskach i opinii Wykonawca stwierdza że uprawnia go do tego fakt zapewnienia ciągłości zabezpieczenia. Ponadto podaje, że w jego ocenie, nie można zastosować wykładni literalnej postanowienia pkt 16.1.1 lit. y Umowy oraz że okoliczności faktyczne sprawy wymagają podejścia celowościowego lub zastosowania kombinowanej metody wykładni. Ostatecznie Wykonawca podaje, że „niezależnie od powyższego, nie przesądzając o skuteczności czy też bezskuteczności postanowienia umownego zastrzegającego tę karę umowną (wobec argumentacji prawnej przedstawionej w pkt 4.3.4 - 4.3.12 Opinii), można stwierdzić, że jej nałożenie a kolejno egzekwowanie od Wykonawcy, stanowiłoby przejaw nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy.

Odnosząc się do powyższego Zamawiający wskazuje, że Wykonawca wniósł zabezpieczenie w postaci ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek w dniu 7.04.2021 r. z tym, że na okres od 9.04.2021 r. do 29.10.2021 r. jako gwarancji w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, zaś na okres od 30.10.2021 r. do 13.11.2028 r. jako gwarancji w przypadku nie usunięcia lub nie należytego usunięcia wad usterek. Po dniu 29.10.2021 r. Wykonawca nie ustanowił nowego zabezpieczenia w postaci gwarancji należytego wykonania umowy. Od dnia 30.10.2021 r. do dnia 9.02.2023 r., tj. przez okres 466 dni zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie było. Dopiero w dniu 9.02.2023 r. Wykonawca uzyskał/ustanowił aneks nr (...) na mocy którego wprowadzono zmianę pierwotnej treści zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, w ten sposób, że w okresie od 9.04.2021 r. do 14.08.2023 r. Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania kontraktu.

Jak wskazuje Wykonawca, po podpisaniu aneksu nr (...) do ubezpieczeniowej gwarancji należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek z dnia 7.04.2021 r., zapewnił on ciągłość zabezpieczenia. Nie zmienia to jednak faktu, że przez okres 496 dni, tj. do dnia

ustanowienia Aneksu nr (...) zabezpieczenia należytego wykonania umowy (z uwzględnieniem okresu o którym mowa w pkt 10.12) Umowy nie było”.

Następnie Krajowa Izba Odwoławcza zrelacjonowała pismo z dnia 14 kwietnia 2023 roku (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich do Departamentu Dróg i Publicznego Transportu Zbiorowego, Urzędu Marszałkowskiego (...) z którego wynikało, że (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w tamtym czasie nadal był skłonny nałożyć na wykonawców karę umowną z tytułu braku ciągłości zabezpieczenia należytej realizacji Umowy. Argumentacja w znacznym stopniu stanowiła powielenie tej przytoczonej z pisma z 8 marca 2023 roku.

Kolejno, dnia 17 maja 2023 roku był termin składania ofert i otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą- „Zaprojektowanie i budowa układu dróg gminnych komunikujących istniejącą strefę przemysłową z terenami Strategicznego P. Inwestycyjnego w S.”.

Opinia prawna z dnia 6 czerwca 2023 roku adresowana do Departamentu Dróg i Publicznego Transportu Zbiorowego, Urzędu Marszałkowskiego (...) stanowiła: „Zamawiający nie poniósł jakiegokolwiek szkody z powodu braku zabezpieczenia należytego wykonania umowy w ww. okresie. Nie doszło bowiem do sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, która uprawniałaby go do skorzystania z tego zabezpieczenia (...) Stopień winy dłużnika – Wykonawcy również należałoby określić jako niski, jego działanie zakwalifikować można raczej jako zaniedbanie niż celowe działanie (...) W przedmiotowej sprawie zasadnym pozostaje rozważenie miarkowania kary umownej i zawarcie ugody w trybie art. 54a ust. 1 Ufp”.

Dnia 27 lipca 2023 roku (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich skierował do Zamawiającego informację o braku nałożenia na Wykonawców kar umownych w ramach realizacji Kontraktu S. - W..

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. podlegali wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie budziło wątpliwości, że na dzień składania ofert Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. zostali poinformowani o naliczeniu kar umownych, co miało miejsce już w piśmie z 16 grudnia 2022 roku. Z pism Zamawiającego kierowanych do (...) S.A., (...) sp. z o.o. w marcu i kwietniu 2022 roku

wynikało, że Zamawiający - pomimo argumentacji wykonawcy - podtrzyma swoją decyzję o naliczeniu kar umownych. Zdaniem I. okoliczność, że (...) S.A., (...) sp. z o.o. byli w sporze z Inwestorem Kontraktu S. - W. co do skutków braku ciągłości zabezpieczenia należytej realizacji Umowy, nie zwalniała Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. z udzielenia w odpowiedzi na pytanie zawarte w JEDZ rzetelnej informacji w tym zakresie. W opinii Izby była to okoliczność, o której Wykonawca miał obowiązek poinformować Zamawiającego w treści oświadczenia JEDZ, niezależnie od tego jak bardzo nie zgadzały się z (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich, co do podstaw kar umownych i ich niezasadności. Izba uznała, że okoliczność ta powinna zostać ujawniona Zamawiającemu tak, by on sum mógł ocenić czy wobec ewentualnych nieprawidłowości przy realizacji Kontraktu S. - W., Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. podlegli wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP. W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła, że udzielenie w oświadczeniu JEDZ przeczącej odpowiedzi na pytanie dotyczące art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP stanowiło zatajenie informacji przed Zamawiającym, co skutkowało wprowadzeniem Zamawiającego w błąd. Jak dalej podano, trudno uznać przy tym, że Przystępujący, którego konsorcjanci na moment składania ofert w postępowaniu byli w sporze z (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich nie mieli tego faktu świadomości. Dlatego też Izba uznała, że Przystępujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A., działali świadomie, a w konsekwencji winni być wykluczeni z postępowania na podstawie art. 109 ust 1 pkt 8 a nie pkt 10 ustawy PZP.

Pozostałe zarzuty zostały przez Izbę oddalone.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w oparciu o przedstawione przez Odwołującego dowody nie można stwierdzić, by wobec Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. wypełniły się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Jak uznała Krajowa Izba Odwoławcza, ze złożonych przez Odwołującego dowodów nie wynika nic, poza sporem (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich oraz (...) S.A. i (...) sp. z o.o., co do zasadności naliczenia kar umownych z tytułu określonych zdarzeń. Zdaniem Izby, brak jest podstaw do uznania, że Wykonawcy ci faktycznie poważnie naruszyli swoje obowiązki zawodowe, co miałyby prowadzić do podważenia ich uczciwości. Informacje dotyczące faktycznego charakteru zdarzeń, które miały prowadzić do naliczenia kar umownych na tych Wykonawców Izba uznała za zbyt ogólne, by móc ocenić ewentualny stopień zawinienia Wykonawców, czy też skutki. Ponadto z opinii prawnej z 6 czerwca 2023 roku jasno wynika, że sporządzający opinię był daleki od przypisania Wykonawcom celowego czy rażącego zaniedbania w zakresie braku gwarancji należytej realizacji Umowy. W treści opinii wprosi wskazano na zaniedbanie i brak szkody 7 tego względu, zdaniem I., brak podstaw do uznania, że (...) S.A. i (...) sp. z o.o. dopuściły się naruszeń tak rażących by uznać, że Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A., podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Kończąc Izba podniosła, że niezależnie od przebiegu sporu (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z (...) S.A. i (...) sp. z o.o. w ramach Kontraktu S. - W. prawdopodobnie nie nałożono kar umownych na wykonawców. Pismo (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z 27 lipca 2023 roku budziło wątpliwości I. jako mało wiarygodne w obliczu wcześniejszej korespondencji Inwestora z (...) S.A. i (...) sp. z o.o. Materiał dowodowy nie pozwolił Izbie jednak na jednoznaczne przesądzenie, w jaki sposób zakończył się spór wykonawców z (...) Zarządem Dróg Wojewódzkich. Rozstrzygając wątpliwości na korzyść wykonawcy Izba uznała, że nie zostały zatem wypełnione również przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

W zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania Izba kierując się wagą uwzględnionego zarzutu i skutkiem uwzględnienia postanowiła obciążyć tymi kosztami w całości Zamawiającego.

Zrelacjonowany powyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżyli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. w zakresie punktu 2 uwzględniającego odwołanie o sygn. akt KIO 2120/23 co do zarzutu numer 1 oraz punktu 5 rozstrzygającego o kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2120/23. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie przepisów postępowania, mogące mieć istotny wpływ na wynik sprawy:

art. 559 ust. 2 ustawy PZP, poprzez sporządzenie uzasadnienia skarżonego wyroku w sposób niespełniający wymogów ustawowych określonych powyżej przywołanym przepisem, pozostającego wewnątrznie sprzecznym, niezawierającego kompleksowej i wszechstronnej oceny całości zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, niezawierającego wyjaśnień przyczyn uznania za wiarygodne lub niewiarygodne zgromadzonych dowodów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, co przejawia się w szczególności w:

o przedstawieniu wewnątrznie sprzecznych wywodów w zakresie w jakim Krajowa Izba Odwoławcza poddała ocenie dowody i ustaliła okoliczności faktyczne dotyczące naliczenia (...) S.A. w (...) sp. z o.o. w S. przez (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich w R. kar umownych w związku z realizacją Umowy nr (...) z dnia 9 kwietnia 2021 roku zawartej pomiędzy w/ w wykonawcami, a (...) Zarządem Dróg Wojewódzkich w ramach udzielonego zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr (...) S. - W. - O. - L. - P. - W. - H. na odcinku od km ok. 38+313,00 do km ok. 45+621,43 wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury, budowli i urządzeń budowlanych” (numer

referencyjny: (...)), gdyż z jednej strony Izba uznała, że (...) S.A. i (...) sp. z o.o. zostali obciążeni karami umownymi, wobec czego byli zobligowani wskazać na powyższy fakt w oświadczeniu JEDZ, tj. zobligowani byli wskazać, że zachodzi wobec nich podstawa wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zaś wobec zaniechania powyższego, Skarżący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, z drugiej zaś strony Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że wobec Skarżącego nie były spełnione przesłanki wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, co w oczywisty sposób oznacza, że Skarżący nie był zobligowany do udzielenia w oświadczeniu JEDZ twierdzącej odpowiedzi w przedmiotowym zakresie, a tym samym nie mógł również wprowadzić Zamawiającego w błąd udzielając odpowiedzi przeczącej;

o braku wyjaśnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą z jakich względów przyznała walor wiarygodności przedłożonym przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 2 sierpnia 2023 roku niepodpisanym i zdekompletowanym wydrukem projektów pism mających pochodzić od (...) Zarządu (...) Wojewódzkich, a to zdekompletowanego wydruku projektu pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 8 marca 2023 roku,

numer (...) oraz zdekompletowanego wydruku projektu pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 14 kwietnia 2023 roku, numer (...), zaś w stosunku do pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...) oraz pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...), podpisanych przez Panią E. Z.! - Zastępcę Dyrektora ds. (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich, obejmujących jednoznaczne oświadczenie, że (...) S.A. i (...) sp. z o.o. nie zostali obciążeni żadnymi karami umownymi w związku z Kontraktem S.-W., Krajowa Izba Odwoławcza ogiai liczyła się do lakonicznego wskazania, że pisma te budzą wątpliwości oraz pozostają mało wiarygodne w obliczu wcześniejszej korespondencji (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z (...) S.A. i (...) sp. z o.o.;

o de facto uniemożliwia poznanie motywów i rozumowania Krajowej Izby Odwoławczej, w wyniku których doszło do wydania skarżonego wyroku, a co z kolei ma istotny wpływ na możliwość sformułowania przez Skarżącego zarzutów niniejszej skargi oraz dokonania przez Sąd kontroli instancyjnej skarżonego wyroku;

art. 542 ust. 1 ustawy PZP, poprzez dokonanie dowolnej i wybiórczej, a nie swobodnej i wszechstronnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, bez uwzględnienia zasad logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego, w szczególności związanych z obrotem gospodarczym, oraz zaniechanie kompleksowego rozpatrzenia wszystkich okoliczności sprawy, co przejawia się w szczególności w:

o dokonaniu dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów z pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 16 grudnia 2022 roku, numer (...); zdekompletowanego wydruku projektu pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich dnia 8 marca 2023 roku, numer (...) oraz zdekompletowanego wydruku projektu pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 14 kwietnia 2023 roku, numer (...); czy też fragmentów opinii prawnej adresowanej do Departamentu Dróg i Publicznego Transportu Zbiorowego, Urzędu Marszałkowskiego (...) z dnia 6 czerwca 2023 roku, oraz wywiedzenie na ich podstawie, że w związku z realizacją Kontraktu S. - W., (...)

(...) S.A. i (...) sp. z o.o. zostali obciążeni karami umownymi, wobec czego byli zobligowani wskazać na powyższy fakt w oświadczeniu JEDZ, tj. zobligowani byli wskazać, że zachodzi wobec nich podstawa wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zaś wobec zaniechania powyższego, Skarżący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, podczas gdy z żadnego z wyżej wymienionych pism, wydruków ich projektów i fragmentów opinii prawnej nie wynikała powyższa okoliczność, gdyż w żadnym z nich nie zostało wskazane, iż (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich obciążył (...) S.A. i (...) sp. z o.o. karami umownymi, lecz wynikało z nich jedynie to, iż pomiędzy tymi stronami prowadzona była korespondencja dotycząca możliwości nałożenia kar umownych, do czego jednak w rzeczywistości nio doszło, co jednoznacznie potwierdzały oświadczenia zawarte w piśmie (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku numer (...) oraz w piśmie (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...);

o dokonaniu dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów z pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...) oraz z pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...), i uznaniu, iż już w dacie wystosowania przez (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich do (...) S.A. i (...) sp. z o.o. pisma z dnia 16 grudnia 2022 roku, numer (...), (...) S.A. i (...) sp. z o.o. zostali obciążeni karami umownymi w związku z Kontraktem S.-W., podczas gdy z wyżej wymienionych pism jednoznacznie wynikało, iż taka okoliczność nie miała miejsca;

o nieuzasadnionym przyznaniu waloru wiarygodności oraz mocy dowodowej wydrukowi pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich dnia 8 marca 2023 roku, numer (...) oraz wydruku projektu pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z 14 kwietnia 2023 roku, numer (...), pomimo, iż zostały one przedłożone do akt sprawy w zdekompletowanym stanie oraz nie pozostawały opatrzone jakimkolwiek podpisem, co oznacza, iż w ogóle nie powinny stanowić dowodu w sprawie, a z całą pewnością nie może do nich znajdować zastosowania art. 244 k.p.c., ani art. 245 k.p.c., przy jednoczesnym nieuzasadnionym uznaniu

za wątpliwe i mało wiarygodne dowodów z pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...) oraz z pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...), które zawierały jednoznaczne oświadczenie (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich co do braku obciążenia (...) S.A. i (...) sp. z o.o. jakimkolwiek karami umownymi w związku z Kontraktem S.-W., a które to dokumenty zostały przedłożone do akt sprawy w kompletnym stanie, a przede wszystkim pozostawały opatrzone podpisem Pani E. Z. - Zastępcy Dyrektora ds(...) Zarządu Dróg Wojewódzkich, a tym samym nie zachodziły jakiegokolwiek podstawy do podważania ich wiarygodności i uznania ich za wątpliwe;

co skutkowało dokonaniem przez Krajową Izbę Odwoławczą błędnych ustaleń, iż (...) S.A. i (...) sp. z o.o. w związku z realizacją Kontraktu S. - W., zostało obciążone karami umownymi, wobec czego byli zobligowani wskazać na powyższy fakt w oświadczeniu JEDZ, tj. zobligowani byli wskazać, że zachodzi wobec nich podstawa wykluczenia, określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zaś wobec zaniechania powyższego, Skarżący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, podczas gdy kompleksowa ocena materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie dawała podstaw do poczynienia tego rodzaju ustaleń i ocen, gdyż w sprawie nie zachodziły podstawy do wykluczenia Skarżącego z postępowania, co winno skutkować oddaleniem odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą w całości, a jednocześnie świadczy o zasadności niniejszej skargi;

art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 536 ustawy PZP w zw. z art. 552 ust. 1 ustawy PZP, polegające na braku dokonania wszechstronnego rozważenia całokształtu okoliczności niniejszej sprawy i dokonaniu dowolnej, a nie swobodnej oceny materiału dowodowego, bowiem w sytuacji gdy Krajowa Izba Odwoławcza powzięła jakiegokolwiek wątpliwości co do wiarygodności oświadczeń zawartych w piśmie (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...), czy też w piśmie (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...), które to wątpliwości w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wynikały z poprzedniej korespondencji prowadzonej pomiędzy (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich a (...) S.A. i (...) sp. z o.o. (pomimo, iż zdaniem Skarżącego nie powinny co do nich istnieć

jakiegokolwiek wątpliwości, gdyż ich treść jednoznacznie wskazywała na brak obciążenia (...) S.A. i (...) sp. z o.o. karami umownymi w związku z Kontraktem S.-W.), to mając na uwadze obowiązek wszechstronnego rozważenia wszelkich okoliczności i dowodów w sprawie, Krajowa Izba Odwoławcza winna była z urzędu bądź to zobowiązać strony lub uczestników do pozyskania dodatkowego stosownego oświadczenia w sprawie kar umownych dotyczących Kontraktu S.-W., czy też zwrócić się o jego wydanie przez (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich bądź też dopuścić dowód z przesłuchania w charakterze świadka osoby umocowanej do składania oświadczeń imieniem (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich, zaś w wyniku zaniechania powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza nie rozważyła wszechstronnie wszystkich okoliczności sprawy, błędnie oceniła materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, błędnie zinterpretowała

oświadczenia i stanowisko (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich dotyczące kwestii kar umownych związanych z Kontraktem S.-W., a w konsekwencji błędnie ustaliła stan faktyczny i błędnie uznała, że Skarżący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Skarżący zarzucił także naruszenie przepisów prawa materialnego, mające wpływ na wynik sprawy:

art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 65¹ k.c., poprzez dokonanie wykładni oświadczeń zawartych w treści pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...) oraz w treści pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...), w sposób pozostający w ewidentnej sprzeczności z rzeczywistą wolą, celem i zamiarem (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich — jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości ujawnionymi i potwierdzonymi w wyżej przywołanych pismach; nadanie oświadczeniom (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich sensu sprzecznego z tym, który rzeczywiście towarzyszyło (...) Zarządowi Dróg Wojewódzkich, co skutkowało błędnym uznaniem przez Krajową izbę Odwoławczą, iż Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. w związku z realizacją Kontraktu S. - W., zostało obciążone karami umownymi, wobec czego było zobligowane wskazać na powyższy fakt w oświadczeniu JEDZ, tj. zobligowane było wskazać, że zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zaś wobec zaniechania powyższego, Skarżący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, podczas gdy z oświadczeń zawartych w

wyżej wymienionych pismach jednoznacznie wynika, że (...) S.A. i (...) sp. z o.o. nie zostali obciążeni żadnymi karami umownymi w związku z Kontraktem S.-W., co oznacza, że nie zachodziły podstawy do wykluczenia Skarżącego z postępowania, co winno skutkować oddaleniem odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą w całości;

art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, w wyniku błędnego uznania, iż w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki do wykluczenia Skarżącego z przedmiotowego postępowania z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu przez Skarżącego informacji, że Skarżący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, na skutek udzielenia przez Skarżącego przeczącej odpowiedzi 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?”, z uwagi na naliczenie (...) S.A. oraz (...) sp. z o.o. kary umownej w związku z realizacją Kontraktu S. - W., pomimo iż z materiału dowodowego sprawy wynika, iż (...) S.A. i (...) sp. z o.o. w związku z realizacją w/ w kontrakcie nie zostali obciążeni żadnymi karami umownymi, a w związku z tym udzielona przez Skarżącego odpowiedź na powyższe pytanie była zgodna ze stanem faktycznym sprawy wobec czego Skarżący nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie polega wykluczeniu i nie powinien zostać wykluczony z postępowania, a tym samym nie mogła znajdować zastosowania podstawa wynikająca z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

W wyniku tak postawionych zarzutów Skarżący wniósł o:

uwzględnienie skargi w całości i zmianę skarżonego wyroku w zaskarżonej części, tj. w zakresie punktów 2 i 5, poprzez oddalenie odwołania również co do zarzutu numer 1, w wyniku czego odwołanie zostanie oddalone w całości, zaś Odwołujący obciążony zostanie kosztami postępowania odwoławczego;

ewentualnie, w przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego do dnia wydania przez Sąd orzeczenia w niniejszej sprawie, gdy umowa zostanie zawarta w okolicznościach dopuszczonych w Prawie zamówień publicznych, wniesiono o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części i stwierdzenie naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych;

rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 589 ust. 2 ustawy PZP;

zasądzenie na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego z uwzględnieniem kosztów poniesionych z tytułu opłat skarbowych od pełnomocnictw, według przedłożonego spisu kosztów, zaś w jego braku według norm prawem przepisanych.

(...) spółka akcyjna z siedzibą w D. w odpowiedzi na skargę wniósł o oddalenie skargi w całości jako bezzasadnej oraz zasądzenie od Skarżącego na rzecz Przeciwnika Skargi kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Na rozprawie dnia 19 października 2023 roku Zamawiający poparł zarzuty skargi, a także wnioski w zakresie zmiany orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Wniósł o uwzględnienie skargi w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

Sąd Okręgowy - Sąd Zamówień Publicznych zważył, co następuje:

W ocenie Sądu Okręgowego skarga Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) spółki akcyjnej w K., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., (...) spółki akcyjnej w R. była zasadna.

Sąd Okręgowy podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie zrelacjonowania czynności podejmowanych przez Zamawiającego oraz wykonawców w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także co do odzworowania treści dopuszczonych w toku postępowania odwoławczego dowodów, w tym pism (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich. Sąd Okręgowy nie przychylił się jednakże do dokonanej oceny dowodów oraz wniosków jakie Krajowa Izba Odwoławcza wysnuła z tak ustalonego stanu faktycznego, a także nie podziela rozważań prawnych w zakresie przesłanek wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Wskazane kwestie zostaną omówione przez Sąd Okręgowy poniżej w ramach analizy poszczególnych zarzutów podniesionych przez Skarżącego.

W tym miejscu należy wskazać, że Sąd Okręgowy na podstawie art. 381 k.p.c. w zw. art. 579 ust. 2 ustawy PZP postanowił pominąć wnioski dowodowe załączone do skargi i

pozostałych pism procesowych Skarżącego jako spóźnione. W ocenie Sądu Okręgowego nie istniała przeszkoda, która powodowałaby, że powołanie tychże wniosków dowodowych nie było możliwe na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Sąd Okręgowy nie podziela argumentacji, że są one odpowiedzią na orzeczenie Izby i na przedstawioną w uzasadnieniu wyroku argumentację. Okoliczność ta nie stanowi przesłanki do tego, aby na etapie postępowania skargowego powoływać wskazane dowody.

Na podstawie art. 381 k.p.c. w zw. art. 579 ust. 2 ustawy PZP Sąd Okręgowy pominął także wnioski dowodowe zawarte w pismach procesowych złożonych przez Przeciwnika Skargi, jako spóźnione na obecnym etapie postępowania.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy odniósł się do zarzutu naruszenia art 559 ust. 2 ustawy PZP poprzez sporządzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą uzasadnienia skarżonego wyroku w sposób niespełniający wymogów ustawowych.

Uzasadnienie orzeczenia powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenie faktów, które izba uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa (art. 559 ust. 2 ustawy PZP).

O skutecznym postawieniu zarzutu naruszenia art. 559 ust. 2 ustawy PZP można mówić tylko wtedy, gdy uzasadnienie orzeczenia nie zawiera elementów pozwalających na weryfikację stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, a braki uzasadnienia w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej muszą być tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona, bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej. Zarzut ten może znaleźć zastosowanie jedynie w tych wyjątkowych sytuacjach, w których treść

uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej uniemożliwia całkowicie dokonanie oceny toku wywoodu, który doprowadził do wydania zaskarżonego orzeczenia.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie można przyjąć, że sposób argumentacji przedstawiony w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 sierpnia 2023 roku uniemożliwiał rekonstrukcję ustaleń faktycznych i prawnych stanowiących podstawę prawną rozstrzygnięcia Izby w zakresie odwołania zarejestrowanego pod sygn. akt KIO 2120/23, a tym samym dokonanie kontroli zaskarżonego orzeczenia. Uzasadnienie wyroku odzwierciedla w sposób jasny i klarowny przeprowadzony sposób oraz tok rozumowania będący podstawą rozstrzygnięcia.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 559 ust. 2 ustawy PZP należało uznać za całkowicie bezzasadny.

Kolejno rozważenia wymagały zarzuty naruszenia przepisów postępowania w zakresie ustaleń stanu faktycznego tj. zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 ustawy PZP oraz zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 536 ustawy PZP w zw. z art. 552 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie dowolnej i wybiórczej, a nie swobodnej i wszechstronnej oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, bez uwzględnienia zasad logicznego rozumowania oraz doświadczenia życiowego, w szczególności związanych z obrotem gospodarczym oraz brak dokonania wszechstronnego rozważenia całokształtu okoliczności niniejszej sprawy.

Podkreślić należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 roku, sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 roku, sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 roku, sygn. akt V ACa 175/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt 1639/11). Zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne.

Co prawda Izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę (art. 534 ust. 2 ustawy PZP), jednakże decyzja o dopuszczeniu dowodu z urzędu jest wyłącznie uprawnieniem, a nie obowiązkiem Izby. Tym samym strony nie mogą oczekiwać, że Krajowa Izba Odwoławcza mimo braku stosownego wniosku dowodowego strony będzie się wykazywać inicjatywą dowodową. Nie tylko nie ma ona takiego obowiązku, ale w sytuacji skrajnego nadużycia instytucji dopuszczenia dowodu z urzędu można by także stawiać pytanie o równe traktowanie stron w postępowaniu. Wydaje się, iż będzie to uzasadnione zawsze wtedy, gdy takie postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej będzie realizowało szerszy interes postępowania, jakim jest wydanie wyroku opartego na prawdziwych ustaleniach faktycznych. Należałoby zatem uznać, że będzie to uzasadnione wówczas, gdy Izba poweźmie wątpliwości co do zgodności składanych przez strony oświadczeń ze stanem faktycznym czy wręcz podejrzenie, iż postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w celu obejścia prawa. Dopuszczenie dowodu z urzędu będzie także uzasadnione wówczas, gdy ustalenie stanu faktycznego wymaga wiadomości specjalnych, bez których Izba nie jest w stanie wydać rozstrzygnięcia (P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A.

Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 534).

Należało ocenić, że w przedmiotowej sprawie nie zaistniały okoliczności, w których Krajowa Izba Odwoławcza winna dopuścić jakikolwiek dowód z urzędu. Strony i uczestnicy dbając o swój interes w sprawie przedstawiali w toku postępowania odwoławczego stosowne wnioski dowodowe na poparcie swoich stanowisk i twierdzeń. Zdaniem Sądu Okręgowego, przebieg postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą zapewnił należyte zachowanie zasady kontrydiktoryjności, bez konieczności interwencji dowodowej ze strony Izby.

Dodatkowo w toku postępowania Izba może zobowiązać strony oraz uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania (art. 536 ustawy PZP). Jest to zobowiązanie procesowe, które może być nałożone wówczas, gdy strona lub uczestnik postępowania dysponuje dowodem dotyczącym okoliczności istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy, a jednocześnie do dowodu tego nie ma dostępu strona lub uczestnik wniosujący o jego przeprowadzenie. Zobowiązanie może więc zostać nałożone wskutek

stosownego wniosku drugiej strony lub uczestnika postępowania. Może jednak zostać nałożone także z urzędu, jeżeli skład orzekający uzna, że przedstawienie przez zobowiązanego danego dowodu ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Izba może takie zobowiązanie nałożyć wyłącznie na stronę lub uczestnika postępowania odwoławczego. Nie może go skierować do podmiotu, który nie odgrywa jednej z tych ról. Tym samym nie jest na przykład możliwe zobowiązanie producenta sprzętu do dostarczenia jego szczegółowej specyfikacji technicznej. Zakres uprawnień Izby jest więc w tym wypadku znacznie węższy niż zakres uprawnień sądu w postępowaniu cywilnym (P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 536).

Na gruncie przedmiotowego postępowania odwoławczego o sygn. KIO 2120/23 Krajowa Izba Odwoławcza nie była zatem uprawniona do zwrócenia się do (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich o udzielenie jakichkolwiek informacji. Natomiast zobowiązanie stron czy uczestników postępowania do pozyskania stosownych oświadczeń, jak już wyżej wskazano należało uznać za stojące w sprzeczności z zasadą kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Nie sposób bowiem uznać, aby właściwym było zastosowanie przez Izbę postanowień art. 536 ustawy PZP w celu dokonania ustaleń faktycznych, albowiem zgromadzony przez Krajową Izbę Odwoławczą materiał dowodowy pozwalał na dokonanie wyczerpujących ustaleń.

Podsumowując zarzuty w zakresie naruszenia art. 534 ust 2 ustawy PZP w zw. z art. 536 ustawy PZP co do bierności izby w kwestii dokonania ustaleń faktycznych należało uznać za chybione.

Sąd Okręgowy przejdzie do analizy zarzutów naruszenia przepisów postępowania w aspekcie oceny materiału dowodowego dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W myśl zasady wyrażonej w art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 534 ust. 1 PrZamPubl „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.” Ta szczególna zasada rozkładu ciężaru dowodu wymaga od Odwołującego w przedmiotowej sprawie, sformułowania zarzutów odwołania w sposób dowodzący ich słuszności, dając faktyczną możliwość ich weryfikacji w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia i przedłożone dowody. Wbrew stanowisku Izby w ocenie Sądu Okręgowego Odwołujący nie wykazał zasadności żądania zawartego w odwołaniu.

Sąd Okręgowy przychylił się do stanowiska Skarżącego, iż w sposób niezasadny Izba uznała walor wiarygodności przedłożonym przez Odwołującego pism: (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 16 grudnia 2022 roku, numer (...), zdekompletowanego wydruku projektu pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich dnia 8 marca 2023 roku, numer (...) oraz zdekompletowanego wydruku projektu pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 14 kwietnia 2023 roku, numer (...), fragmentów opinii prawnej adresowanej do Departamentu Dróg i Publicznego Transportu Zbiorowego, Urzędu Marszałkowskiego (...) z dnia 6 czerwca 2023 roku gdyż niniejsze szczątkowe wydruki w ocenie Sądu nie stanowią dowodów mających uzasadnić żądanie odwołania. Nadto bez wątplenia nie mogą być podstawą ustalenia, że w związku z realizacją Kontraktu S. - W., (...) S.A. i (...) sp. z o.o. zostali obciążeni karami umownymi, wobec czego byli zobligowani wskazać na powyższy fakt w oświadczeniu JEDZ, tj. zobligowani byli wskazać, że zachodzi wobec nich podstawa wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, zaś wobec zaniechania powyższego, Skarżący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Z żadnego z wyżej wymienionych pism nie wynikała, iż (...) Zarząd Dróg Wojewódzkich obciążył (...) S.A. i (...) sp. z o.o. karami umownymi, lecz wynikało z nich jedynie to, iż pomiędzy tymi stronami prowadzona była korespondencja dotycząca możliwości nałożenia kar umownych.

Natomiast wbrew twierdzeniom Izby moc dowodową należy przyznać oświadczeniom (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku numer (...) oraz numer (...), gdyż stanowią oświadczenie wiedzy tego podmiotu, nie zaprzeczone innymi dowodami w sprawie i których prawdziwość w żaden sposób nie została podważona. Bez wątplenia Odwołujący nie przedłożył innych dowodów które wskazywały by na nałożenie kary umownej na skarżącego.

Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podała, że Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. zostali poinformowani o naliczeniu kar umownych, co miało miejsce już w piśmie z 16 grudnia 2022 roku, a z pism Zamawiającego kierowanych do (...) S.A., (...) sp. z o.o. w marcu i kwietniu 2022 roku wynikało, że Zamawiający podtrzymuje swoją decyzję o naliczeniu kar umownych.

Nie sposób zgodzić się z takimi ustaleniami Krajowej Izby Odwoławczej z pism (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich przedstawionych przez Odwołującego: z dnia 16 grudnia 2022 roku, z dnia 8 marca 2023 roku, numer (...) oraz z dnia 14 kwietnia 2023 roku, numer (...), niewątpliwie wynika, że instytucja ta miała zamiar nałożyć na (...) S.A., (...) sp. z o.o. karę umowną, jednakże jeszcze tego nie zrobiła. Nie wskazywano tam, że doszło do jej naliczenia i wystosowania oświadczenia woli Zamawiającego o nałożeniu kary umownej na wskazanych Wykonawców.

(...) S.A., (...) sp. z o.o. w ramach realizacji umowy o zamówienie publiczne numer (...) z 9 kwietnia 2021 roku zawartej pomiędzy ww. Wykonawcami, a Zamawiającym - (...) Zarządem Dróg Wojewódzkich w ramach zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr (...) S. - W. - O. - L. - P. - W. - H. na odcinku od km ok. 38+313,00 do km ok. 45+621,43 wraz z budową i przebudową niezbędnej infrastruktury, budowli i urządzeń budowlanych”, numer referencyjny: (...) - wymieniali jedynie korespondencję rozważając argumenty stron, co do zasadności naliczenia kary umownej.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że niejednokrotnie stosowane procedury naliczania kar umownych pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami przewidują, że zamawiający informują wykonawców o stwierdzonych naruszeniach obowiązków, a wykonawcom wyznaczany jest czas na ustosunkowanie się do tejże informacji. Wykonawcy wyjaśniając sytuację mogą wnioskować o odstąpienie przez zamawiającego od nałożenia

kary umownej. Zamawiający po rozważeniu argumentów stron i w zgodzie z obowiązującymi przepisami podejmują ostateczną decyzję o nałożeniu bądź nie kary umownej na wykonawców.

Istotnie w ramach Kontraktu S. - W. została uruchomiona swego rodzaju procedura naliczania kar umownych zakładająca uzyskanie wyjaśnień od Wykonawcy. Jednakże w ramach tejże procedury ostatecznie nie doszło do nałożenia kar umownych, co jasno wynika z pism (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z 27 lipca 2023 roku.

W konsekwencji za zasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 542 ustawy PZP oraz art. 542 ustawy PZP w zw. z art. 552 ust. 1 ustawy PZP z uwagi na nieprawidłowe ustalenia taktyczne i błędną ocenę przedstawionych w toku postępowania dowodów.

Jednocześnie Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uznania, że doszło do naruszenia art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 65¹ k.c., poprzez dokonanie wykładni oświadczeń zawartych w treści pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...) oraz w treści pisma (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z dnia 27 lipca 2023 roku, numer (...), w sposób pozostający w ewidentnej sprzeczności z rzeczywistą wolą, celem i zamiarem (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich.

Wskazania wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza nie czyniła bowiem wykładni treści pism (...) Zarządu Dróg Wojewódzkich z 27 lipca 2023 roku, a jedynie odmówiła tymże dowodom przyznania waloru wiarygodności, co jak już wyżej wskazano było nieuprawnione.

Dlatego też zarzut naruszenia art. 65 § 1 k.c. w zw. z art. 65¹ k.c., Sąd Okręgowy uznał za nienależycie uargumentowany.

Kolejno Sąd Okręgowy odniósł się do zarzutu naruszenia prawa materialnego tj. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, w wyniku błędnego uznania, iż w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki do wykluczenia Skarżącego z przedmiotowego postępowania z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu przez Skarżącego informacji, że Skarżący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy 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 (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP).

W tym miejscu przytoczenia wymaga także regulacja 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.”

Artykuł 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.). Wskazany przepis dyrektywy klasycznej upoważnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca 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 uprzedniej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Pojęcie „odszkodowanie” należy interpretować szeroko zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje”). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 k.c.) (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, wydanie II, 2023).

W przepisie jest mowa o odszkodowaniu, którego nie można zawęzić wyłącznie do „odszkodowania sensu stricto”, rozumianego jako tradycyjne odszkodowanie uzyskane na podstawie zasad ogólnych odpowiedzialności odszkodowawczej przewidzianych w Kodeksie cywilnym (art. 471 k.c. i n.).

W pojęciu „odszkodowania” użytym w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP mieścić się będą również ustalone w umowie na podstawie art. 483 § 1 k.c. kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Przepis art. 483 § 1 k.c. wskazuje, że zapłata określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - ze swojej istoty zastępuje ona zatem odszkodowanie z art. 471 k.c. Nieuzasadnione byłoby

różnicowanie sytuacji prawnej i faktycznej wykonawców, na których z uwagi na nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego nałożono karę umowną od sytuacji wykonawców, którzy ponieśli odpowiedzialność odszkodowawczą z tego tytułu na podstawie art. 471 k.c. w sądowym lub pozasądowym trybie. Natomiast podkreślić należy, że nie każda kara umowna automatycznie będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, lecz jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. Określane w umowach kary mogą bowiem pełnić różne funkcje, w zależności od sposobu ukształtowania postanowień umownych, nie tylko funkcję kompensacyjną. Natomiast jak wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych to funkcja kompensacyjna (odszkodowawcza) jest uznawana za podstawową funkcję kary umownej jako, że co do zasady kara ta stanowi surogat odszkodowania należnego z tytułu szkody spowodowanej naruszeniem zobowiązania niepieniężnego (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 lipca 2005 roku, sygn. akt I ACa 368/05; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 listopada 2021 roku, KIO 3078/21, LEX nr 3335148).

Niewątpliwie zatem kary umowne o charakterze odszkodowawczym wypełniają dyspozycję omawianego przepisu w zakresie pojęcia odszkodowania i powinny być uwzględniane przez wykonawców przy wypełnianiu JEDZ w zakresie fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

Dalej podkreślenia wymaga, że wszystkie okoliczności wymienione w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP muszą zachodzić łącznie, a mianowicie musi dojść do: (1) do niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków wynikających z umowy, (2) musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego stopnia, (3) przyczyna musi tkwić po stronie wykonawcy, (4) musi to doprowadzić do skutków w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, w tym też nałożenia kary umownej o charakterze odszkodowawczym.

Nałożenie kary umownej czyli obowiązek zapłaty kary umownej powstaje w drodze jednostronnego oświadczenia woli składanego przez zamawiającego wykonawcy w wyniku realizacji uprawnienia wynikającego z postanowienia umownego przewidującego karę umowną w sytuacji ziszczenia się określonych wołą stron w umowie przesłanek.

W ramach Kontraktu S.-W. zgodnie z art. 16 pkt. 16.1.1.b) Umowy numer (...) z dnia 9 kwietnia 2021 roku doszło do wymiany korespondencji pomiędzy stronami pomiędzy (...) Zarządem Dróg Wojewódzkich a (...) S.A., (...) sp. z o.o., w zakresie kary umownej z tytułu braku ubezpieczenia należytego wykonania Umowy w wysokości 1 000,00 PLN za każdy dzień

braku ubezpieczenia, ale na jego podstawie nie doszło ostatecznie do nałożenia kary umownej.

Samo uruchomienie procedury nałożenia kary umownej i wymiana pism w celu uzyskania wyjaśnień nie może być uznawana za równoznaczną z nałożeniem tejże kary. Nałożenie kary umownej to jednostronne oświadczenie woli jednej ze stron umowy, zgodnie z jej postanowieniami. W wyniku wyjaśnień może dojść bowiem do odstąpienia przez Zamawiającego do nałożenia kary umownej i w konsekwencji nie złożenia oświadczenia woli o nałożeniu kary umownej, co właśnie miało miejsce w przypadku Kontraktu S. - W..

Nie można tracić z pola widzenia, że kara umowna to klauzula akcesoryjna. Stanowi zarówno surogat należnego wierzycielowi odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, jak i ma mobilizować dłużnika do jego prawidłowego i pełnego wykonania. Jak wynika z przedstawionej dokumentacji w przedmiotowej sprawie zastrzeżona kara umowna doprowadziła ostatecznie do dokonania zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, a Zamawiający nie poniósł jakiegokolwiek szkody z powodu braku zabezpieczenia należytego wykonania umowy w spornym okresie. Nie doszło bowiem do sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę, która uprawniałaby go do skorzystania z tego zabezpieczenia. Stopień winy dłużnika – Wykonawcy również określono jako niski, jego działanie zakwalifikowano raczej jako zaniedbanie niż celowe działanie. Powyższe wynika z opinii prawnej z dnia 6 czerwca 2023 roku adresowanej do Departamentu (...) i Publicznego (...) Zbiorowego, Urzędu Marszałkowskiego (...). Zatem w przedmiotowej sprawie zastrzeżenie kary umownej niewątpliwie spełniło funkcję mobilizującą do zrealizowania kontraktu zgodnie z jego postanowieniami. Z drugiej strony, jak wynika z okoliczności sprawy Zamawiający uznał, że nie było konieczności uruchamiania funkcji odszkodowawczej kary umownej i do nałożenia tejże nie doszło.

Bezpodstawnie zatem Izba uznała, że okoliczność ta powinna zostać ujawniona Zamawiającemu tak, by on sam mógł ocenić czy wobec ewentualnych nieprawidłowości przy realizacji Kontraktu S. - W., Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. podlegli wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że taki obowiązek powstałby po stronie tychże Wykonawców w sytuacji, gdyby rzeczywiście Zamawiający skierował do nich jednostronne oświadczenie woli o nałożeniu kary umownej i to dopiero wówczas byłoby zobowiązani do

wykazania tego faktu w JEDZ, bez względu na to czy Wykonawcy zgodziliby się z tym oświadczeniem czy też nie.

W konsekwencji Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. nie mieli obowiązku udzielenia twierdzącej odpowiedzi na pytanie zawarte w JEDZ: „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?”, albowiem nie została na nich nałożona kara umowna, a co za tym idzie nie podlegali wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

W wyniku tego Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielnie zamówienia (...) S.A., (...) sp. z o.o., (...) S.A. nie podlegali także wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, albowiem nie wprowadzili w błąd Zamawiającego przy przedstawianiu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, czy też nie zataili informacji w tym zakresie.

Tak jak wskazano JEDZ został złożony - zgodnie z wymaganiami - wraz z ofertą. Wnoszący odwołanie nie wykazał, że w tej dacie zaistniały okoliczności wskazane przepisem art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

W świetle przytoczonych ustaleń i wniosków, Sąd Okręgowy uwzględniając część zarzutów podniesionych przez Skarżącego, na podstawie art. 588 ust. 2 ustawy PZP uwzględnił skargę w całości oddalając odwołanie w zakresie zarzutu numer 1 odwołania.

Zmianie podlegał także punkt drugi wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie kosztów postępowania odwoławczego wobec zmiany w zakresie merytorycznego rozpoznania odwołania i oddalenia odwołania w całości. O kosztach postępowania odwoławczego należało orzec stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy PZP i 575 ustawy PZP oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w tym wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 zł, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Kosztami postępowania odwoławczego należało zatem obciążyć Odwołującego wobec oddalenia odwołania w całości, zasądzać od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł tytułem kosztów ustanowionego pełnomocnika.

Reasumując Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 2 i oddalił odwołanie w zakresie zarzutu numer 1 oraz nadał nowe brzmienie punktowi 5 i kosztami postępowania w sprawie KIO 2120/23 obciążył Odwołującego: Przedsiębiorstwo (...) spółkę akcyjną w D., zasądzać od Przedsiębiorstwa (...) spółki akcyjnej w D. na rzecz Gminy S. 3 600 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Za Przeciwnika Skargi w przedmiotowym postępowaniu skargowym Sąd Okręgowy uznał Przedsiębiorstwo (...) S.A. czyli Odwołującego przed Krajową Izbą Odwoławczą, jako że interesy Skarżącego i Odwołującego były odmienne.

Na podstawie art. 589 ust. 1 ustawy PZP statuującego zasadę odpowiedzialności za wynik sporu, Sąd kosztami postępowania skargowego obciążył (...) S.A. jako stronę przegrywającą.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez Skarżącego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia (...) spółki akcyjnej w K., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., (...) spółki akcyjnej w R. sprowadzają się do: wpisu od skargi w kwocie 60 000 zł oraz kwoty wynagrodzenia reprezentującego ich radcy prawnego w kwocie 3 600 zł ustalonej na podstawie § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz.

U. z 2018 r. poz. 265 z późn. zm.). Wysokość wpisu została ustalona na podstawie art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1144 z późn. zm.) w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania czyli jako trzykrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga. Wpis wniesiony od odwołania wynosił 20 000 zł, zatem opłata od skargi w przedmiotowej sprawie wyniosła 60 000 zł.

W rezultacie Sąd Okręgowy zasądził od Przeciwnika Skargi - Przedsiębiorstwa (...) spółki akcyjnej w D. na rzecz Skarżącego - Konsorcjum: (...) spółki akcyjnej w K., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S., (...) spółki akcyjnej w R. 63 600 zł tytułem kosztów postępowania skargowego.

Wobec uznania, iż Przeciwnikiem Skargi był Odwołujący, nie zaś Zamawiający wniosek Gminy S. o zasądzenie kosztów postępowania skargowego podlegał oddaleniu.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku.

sędzia Aleksandra Komór