



Kraków, dnia 14 września 2022r.

Adresaci:

1. **PRODiM Sp. z o.o., ul. Blokowa 14, 31-752 Kraków**
2. **P.P.H.U. BUD-RYS Łukasz Bazior, ul. Podmiejska 65, 32-200 Miechów**
3. **SARIVO Infrastruktura Sp. z o.o., ul. Christo Botewa 14, 30-798 Kraków**
4. **Firma Usługowo-Handlowa STAR-KOP Krzysztof Urbańczyk, ul. Kościelna 1, 32-070 Czernichów**

Dotyczy: postępowania nr NP.26.2.25.22.UK, którego przedmiotem jest wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych w zakresie budowy dróg rowerowych o nawierzchni bitumicznych na wałach przeciwpowodziowych rzeki Wisły w ramach realizacji Zadania Inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa wałów przeciwpowodziowych rzeki Wisły na terenie Gminy Miejskiej Kraków oraz terenie Gminy Wieliczka, dla Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie

ZAWIADOMIENIE O WYNIKU POSTĘPOWANIA

Szanowni Państwo,

W związku z zakończeniem postępowania prowadzonego na opisany wyżej zakres przedmiotowy uprzejmie informujemy, iż Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę nr 3 **SARIVO Infrastruktura Sp. z o.o., ul. Christo Botewa 14, 30-798 Kraków**, za cenę brutto za całość zamówienia: **7.368.777,15 zł**, w której uwzględniono należny podatek od towarów i usług VAT w stawce **23%**.

Uzasadnieniem wyboru jest złożenie najkorzystniejszej oferty przy spełnieniu warunków i wymagań Zamawiającego określonych w SWZ oraz uzyskanie największej liczby punktów w przyjętych kryteriach oceny i porównania ofert.

Streszczenie oceny i porównanie złożonych ofert:

- a) Oferta nr 1 **PRODiM Sp. z o.o. ul. Blokowa 14, 31-752 Kraków** „Cena brutto za całość zamówienia”: 57,19 pkt., „Gwarancja na całość zamówienia”: 20 pkt, „Rękojmia na całość zamówienia 10 pkt, co daje łączny wynik wynoszący: **87,19 pkt.**
- b) Oferta nr 3 **SARIVO Infrastruktura Sp. z o.o., ul. Christo Botewa 14, 30-798 Kraków**: „Cena brutto za całość zamówienia”: 70,00 pkt., „Gwarancja na całość zamówienia”: 20 pkt, „Rękojmia na całość zamówienia 10 pkt, co daje łączny wynik wynoszący: **100,00 pkt.**
- c) Oferta nr 4: **Firma Usługowo-Handlowa STAR-KOP Krzysztof Urbańczyk, ul. Kościelna 1, 32-070 Czernichów**;: „Cena brutto za całość zamówienia”: 60,64 pkt., „Gwarancja na całość zamówienia”: 20 pkt, „Rękojmia na całość zamówienia 10 pkt, co daje łączny wynik wynoszący: **90,64 pkt.**

Zamawiający informuje ponadto, iż oferta nr 2 Wykonawcy P.P.H.U. BUD-RYS Łukasz Bazior, ul. Podmiejska 65, 32-200 Miechów podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz art. 226 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

Uzasadnienie faktyczne i prawne

Ad. 1

Zamawiający wskazuje, iż ziszcza się przesłanka odrzucenia oferty Wykonawcy wynikająca z **art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp**, gdyż biorąc pod uwagę materiały zgromadzone w toku postępowania uznać należy, że spełnione zostały w przypadku wskazanego Wykonawcy, uwzględnione w postępowaniu, fakultatywne przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 8) ustawy Pzp.

Zgodnie z przywołanymi przepisami z postępowania o udzielenie zamówienia odrzuca się Wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak również Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Uzasadniając podjętą decyzję o odrzuceniu Wykonawcy na podstawie wyżej wskazanych podstaw prawnych, Zamawiający podkreśla iż faktycznie potwierdziły się okoliczności wyczerpujące przewidziane w postępowaniu fakultatywne przesłanki wykluczenia. Potwierdza to dokumentacja postępowania, tj. w szczególności oferta Wykonawcy, jak i złożone przez niego oświadczenia oraz informacje posiadane przez Zamawiającego, na rzecz którego Wykonawca nie zrealizował uprzednio zamówienia publicznego.

W ocenie Zamawiającego bezsprzecznym jest fakt, iż Wykonawca w ofercie z dnia 25.05.2022r. złożył oświadczenia, które nie są zgodne ze stanem faktycznym. Zamawiający analizując treści złożonej oferty, dokumentów oraz oświadczeń uznał, że są one niezgodne ze stanem faktyczny i nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia.

Z dokumentów posiadanych przez Zamawiającego wynika, iż Wykonawca brał udział w postępowaniach o udzielanie zamówień publicznych prowadzonych przez Zamawiającego oraz wykonywał roboty budowlane, niemniej w tym postępowaniu zataił informacje dotyczącą niewykonania umowy z przyczyn leżących po jego stronie. Ponadto nie złożył oświadczeń i dokumentów dotyczących ewentualnego dokonania przez Wykonawcę procedury samooczyszczenia, która w przypadkach dotyczących stanu faktycznego objętego niniejszą sprawą powinna mieć odpowiednie zastosowanie, a jest wprost przewidziana w przepisach ustawy Pzp.

Zamawiający wskazuje, iż Wykonawca brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w efekcie którego zawarł umowę na „Roboty budowlane w zakresie modernizacji alejek w Parku Skalskiego” (umowa nr ZZM/U/II/130/NI/468/2020 z dnia 08.09.2020r). Z posiadanych dokumentów wynika jednoznacznie, iż w dniu 9.11.2020r. Zamawiający odstąpił od umowy z

przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, a następnie w dniu 013.11.2020r. naliczył Wykonawcy kary umowne w wysokości 70.004,39 zł, w związku z wstrzymaniem robót na okres dłuższy niż 30 dni, wykonaniem robót nieterminowo, jak też wykonaniem robót w sposób nienależyty, a tym samym niezgodnie z zawartym kontraktem.

Należy podkreślić, iż wartość umowy wynosiła 700.043,98 zł brutto, z której Wykonawca otrzymał wynagrodzenie w wysokości 96.782,01 zł brutto za wykonane prace, co wskazuje na istotny wartościowo, ale także rzeczowo zakres nienależytego wykonania świadczenia przez Wykonawcę w stosunku do zakresu przewidzianego umową. Aspektem wskazującym na nierzetelność Wykonawcy jest także brak realizacji głównego celu umowy, a tym samym głównej potrzeby zakupowej Zamawiającego. Wykonawca nie spełnił więc świadczenia w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymogom wynikającym z zawartej umowy.

Podsumowując we wskazanym zamówieniu publicznym została naliczona Wykonawcy kara umowna oraz nastąpiło uchybienie terminu realizacji i niewykonanie jej w bardzo znacznym stopniu. W efekcie powoduje to po stronie Zamawiającego określoną szkodę, chociażby w postaci braku możliwości korzystania z przedmiotu świadczenia w zakładanym terminie, konieczność ponowienia postępowania o udzielenie zamówienia itd.

W świetle opisanego stanu faktycznego i prawnego oraz posiadanych oświadczeń i dokumentów Zamawiający uznał, iż Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, gdyż nienależycie wykonał zamówienia, co Zamawiający wykazał.

Z posiadanych oświadczeń i dokumentów wynika również, iż z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, nie wykonał on nienależycie istotne zobowiązania wynikające z wcześniej zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania w postaci kar umownych.

W konsekwencji uznać należy, iż Wykonawca w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Można też przyjąć, iż Wykonawca celowo zataił te informacje.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego oświadczając stan niezgodny ze stanem faktycznym, a co za tym idzie oświadczył nieprawdę, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania. Należy podkreślić, iż przepisy ustawy Pzp nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy” lub „nieprawdy” w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w postępowaniu. Jednak w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002r., II CKN 1095/99 Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „Pojęcie „prawda” powinno być rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.”

Ponadto w ocenie Zamawiającego jest to świadomie i zamierzone działanie Wykonawcy, gdyż wie on, że spełnia podstawy do wykluczenia z postępowania a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że nie podlega

wykluczeniu. Działanie to można określić jako rażące niedbalstwo, które w doktrynie prawa cywilnego ma postać winy nieumyślnej, która przejawia się tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go nie uniknie. W przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § k.c. zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością dokładnością w działaniu itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady wykonawcę ubiegającego się o udzielnie zamówienia publicznego. Należyta staranność nakłada na wykonawcę, składającego ofertę wraz z oświadczeniami we własnym imieniu aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Tym samym Wykonawca przedstawiając nierzetelne informacje, z których miałyby wynikać, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, wypełniła przesłanki wykluczenia Wykonawcy opisane w art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 8) ustawy Pzp.

Przypomnieć ponownie należy, że obowiązująca ustawa Pzp przewiduje procedurę samooczyszczenia tzw. „self-cleaning, która umożliwia Wykonawcom wykazanie, że pomimo wystąpienia przesłanki wykluczenia podjęte zostały środki niezbędne do dowiedzenia rzetelności Wykonawcy, a tym samym brak jest podstawy wykluczenia. Wykonawca natomiast nie skorzystał z przysługującej mu procedury samooczyszczenia, którą ustawa Pzp reguluje w art. 110 ust 2. Jednak warunkiem sine qua non procedury samooczyszczenia jest przyznanie przez Wykonawcę, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie. Wykonawca nie może skorzystać z procedury samooczyszczenia, jeśli nie przyzna się, iż podlega wykluczeniu. Nadto w sytuacji, gdy Wykonawca najpierw oświadczy, iż nie podlega wykluczeniu, a dopiero na późniejszym etapie będzie chciał skorzystać z procedury samooczyszczenia spowoduje to bezskuteczność tej procedury. Składanie bowiem sprzecznych wyjaśnień i oświadczeń przez Wykonawcę dyskredytuje jego oświadczenia o podjętych działaniach dla przywrócenia rzetelności.

Powyższe okoliczności faktycznie odpowiadają orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w wyroku o sygn. akt KIO 706/11 z dnia 14 kwietnia 2011r., który mimo, iż oparty jest na poprzednio obowiązującym stanie prawnym ustawy, niemniej jest w pełni adekwatny w niniejszym przypadku: „Art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. statuuje bezwzględny obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Ratio legis art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy oświadczyli nieprawdę w celu uzyskania zamówienia, a tym samym oraz zabezpieczenie słusznego interesu zamawiających” oraz, iż „złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania stanowi poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, jest działaniem, które co do zasady, należy uznać za zawinione.”.

Zamawiający wskazuje również na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które potwierdza zasadność wykluczenia Wykonawcy w okolicznościach przedmiotowej sprawy. Przykładowo w wyroku Izby z dnia 28.09.2009r., sygn. akt KIO 1161/09 podkreślono, że „(...) W przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik

postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia” jak również, że „przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. nie uzależnia wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, od wykazania winy tego wykonawcy.”.

Ponadto wyrok KIO 61/12 z dnia 19 stycznia 2012 r. wskazuje, że „Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości”, jak również „dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 p.z.p.”. Wyrok ten zwraca także uwagę na to, iż „złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p., ze skutkiem w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, to czynność dokonana przez wykonawcę w sposób zamierzony tj. z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa”. Zgodnie z tym samym orzeczeniem „wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości. Dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością, w sposób nie budzący wątpliwości. Pojęcie "nieprawdziwych informacji" może być odnoszone tylko i wyłącznie do składanych w postępowaniu oświadczeniu wiedzy, a nie do oświadczenia woli.”.

Wyrok Izby z dnia 29.10.2018r., sygn. akt KIO 2057/18, wskazuje natomiast, że „Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. Zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. wykonawca jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślenia wymaga, że działanie takie nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może to być również działanie nieumyślne tzn. niedbałe. Jednocześnie należy je oceniać w kontekście wymaganej od profesjonalnego uczestnika rynku zamówień publicznych podwyższonej staranności z uwagi na zawodowy charakter tej działalności (art. 355 § 2 k.c.). Jak wynika z orzecznictwa, omawiana przesłanka wykluczenia znajduje również zastosowanie do sytuacji, w których Zamawiający w SIWZ przewidział inne konsekwencje niewypełnienia określonych wymagań np. odrzucenia oferty”.

Przykładowo w wyroku Izby z dnia 04.12.2018r., sygn. akt KIO 2345/18 wyrażono, że „Wykonawca jest zobowiązany składać dokumenty odpowiadające rzeczywistości na każdym etapie postępowania. Ustawodawca nakazuje wykluczyć Wykonawcę, który wprowadził Zamawiającego w błąd, bez wzywania go do wyjaśnień...” oraz „Dla zaistnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. wystarczające jest samo przedstawienie informacji "wprowadzających w błąd"

zamawiającego, które to informacje mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.”.

Z kolei w wyroku z dnia 20.12.2018r. sygn. akt KIO 2547/18, orzeczono, iż „W stosunku do podstaw wykluczenia zawartych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. nie ma przesądzającego znaczenia, czy zamawiający w konsekwencji przedstawienia danych informacji rzeczywiście dał się wprowadzić w błąd, przez co doprowadzony został do podjęcia danych decyzji. Z logicznego punktu widzenia zastosowanie tych przepisów zachodzi bowiem wtedy, kiedy zostanie ujawnione, że dane informacje są nieprawdziwe/wprowadzające w błąd - może to mieć miejsce zarówno po podjęciu przez zamawiającego danej decyzji, jak i przed, i w głównej mierze zależy od tego, kiedy zamawiający zostanie poinformowany o niezetelności przedstawionych mu danych, najczęściej przez konkurującego wykonawcę”.

Natomiast w wyroku z dnia 05.12.2018r., sygn. akt KIO 2425/18, Izba stwierdziła, że „Niedbalstwo to nic innego, jak niezachowanie należytej staranności, czyli działanie nieodpowiadające obiektywnemu wzorcowi postępowania właściwemu danemu dłużnikowi. Natomiast o rażącym stopniu niedbalstwa decyduje jak znaczna jest różnica pomiędzy sposobem postępowania dłużnika a wspomnianym wzorcem. Co istotne, w przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd.”.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza także wyrok KIO 3078/21 z dnia 19 listopada 2021r „przepis art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej), którego implementację stanowi art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy” oraz że, „w pojęciu "odszkodowania" użytym w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. mieścić się będą również ustalone w umowie w oparciu o art. 483 § 1 k.c. kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.”

Ponadto wyrok KIO 3284/21 z dnia 24 listopada 2021r. wskazuje iż, „w przypadku podstaw wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 p.z.p. pierwszą konieczną przesłanką jest zaistnienie sytuacji przedstawienia zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia wprowadzających w błąd, czyli po prostu nieprawdziwych (według dawniejszej terminologii), bo niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, informacji. Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak dawniej obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. z 2004 r., nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia "prawdy" lub "nieprawdy" w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”.

Przywołać należy również przykładowe tezy piśmiennictwa wskazujące na okoliczności, które mając na uwadze stan faktyczny niniejszej sprawy, potwierdzają konieczność wykluczenia Wykonawcy. W komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021 podkreślono, iż z postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu Wykonawca ”w stosunku do którego

zachodzi podstawa wykluczenia o charakterze obligatoryjnym określona w art. 108 ust. 1 i 2 Pzp lub wskazana przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia podstawa wykluczenia o charakterze fakultatywnym określona w art. 109 ust. 1 Pzp. Pomimo zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawca nie podlega jednak wykluczeniu, jeżeli udowodni zamawiającemu, że podjął środki w celu „samooczyszczenia”, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności (art. 110 ust. 2 i 3 Pzp). Ponadto w przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia zamawiający może, co do zasady, odstąpić od wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne (art. 109 ust. 3 Pzp).” (str. 399).

Przesłanką wykluczenia jest „(...) wykazanie zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych za pomocą stosownych środków dowodowych. Zgodnie z treścią normy ciężar udowodnienia zawinionego i poważnego naruszenia spoczywa na zamawiającym. Dowodami będą zarówno dokumenty urzędowe, takie jak wyrok, decyzja, akt oskarżenia, postanowienie o wszczęciu postępowania, jak i dokumenty prywatne. W przypadku gdy przyczyną wykluczenia jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych, dowodami mogą być pozew, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań. Nie jest przeszkodą wykluczenia z postępowania zawistość sprawy przed sądem. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego niezależnie od tego, na jakim etapie znajduje się postępowanie sądowe, a nie tylko po wydaniu przez sąd orzeczenia na skutek wniesienia sądowego środka zaskarżenia na decyzję o wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podjętą przez zamawiającego z powodu znaczących nieprawidłowości, do których doszło w czasie wykonywania tej umowy.” (str. 400).

Co więcej „niewykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przewiduje możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy, 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. Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej. Art. 57 ust. 4 lit. g 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.” (str. 402). „Zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnianiu istotnego wymogu muszą prowadzić do wcześniejszego rozwiązania umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. „Wcześniejsze rozwiązanie umowy” zostało zastąpione w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przez „wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy”. Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy co do zasady stanowi sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Taką funkcję w polskim systemie prawa cywilnego tradycyjnie spełnia odstąpienie od umowy lub nadzwyczajne wypowiedzenie (wypowiedzenie przed terminem) umowy. 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 Kc).” (str. 404, 405).

Nadto, „zgodnie z 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. Przepis transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej. Stosownie do tego przepisu zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 dyrektywy klasycznej. Podstawa wykluczenia dotyczy wyłącznie informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.”(str. 406).

Niezbędne jest także odwołanie się do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (tzw. „dyrektywy klasycznej”), która w motywie 101 wyraźnie zwraca uwagę na pewien negatywny typ zachowań wykonawców – mianowicie powtarzające się w trakcie realizacji jakiegoś konkretnego kontraktu lub różnych przedsięwzięć (które można zidentyfikować) nieprawidłowości czy niedociągnięcia, nawet drobne, ale które sugerują pewną intencję wykonawcy, a poprzez dużą ilość takich niepożądanych zachowań stają się realnym problemem dla określonego segmentu rynku.

W ocenie Zamawiającego uznać należy, iż wobec wskazanego Wykonawcy w niniejszej sprawie bezsprzecznie potwierdzone zostało wystąpienie przesłanek opisanych w art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 8) ustawy Pzp. W konsekwencji, decyzja o odrzuceniu oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp jest w pełni uzasadniona, zarówno pod względem prawnym jak i faktycznym.

Ad. 2

Zamawiający informuje ponadto, iż działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp odrzucił z postępowania ofertę wymienionego wyżej Wykonawcy, z uwagi na fakt iż pomimo skierowanego stosownego wezwania nie wyraził on zgody, o której mowa w art. 307 ustawy Pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium.

Zamawiający wskazuje, że pomimo skierowanego w dniu 20 czerwca 2022r. wezwania, Wykonawca nie udzielił jakiegokolwiek odpowiedzi, a w konsekwencji uznać należy, iż faktycznie nie wyraził on zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium.

Zasadność decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Wykonawcy, na podstawie przywołanego wyżej art. 226 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, potwierdza również orzecznictwo, które pomimo zmiany przepisów ustawy Pzp, przez analogię ma nadal aktualne zastosowanie.

Przykładowo w wyroku KIO z dnia 19.09.2017r., sygn. akt 1839/17, w którym orzeczono, iż: „Obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b PZP Art. 89 ust. 1 pkt 7a i 7b PZP nakładają na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, gdy (pkt 7a) wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 PZP, na przedłużenie terminu związania ofertą lub (pkt 7b) wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Jest to przepis bezwzględnie obowiązujący i nie daje żadnego pola interpretacji zamawiającemu. Panuje pogląd, że zamawiający nie może uchylać się od podjęcia takiej decyzji, gdy zachodzi okoliczność tam wskazana. (...) wykonawca nie tylko miał wyrazić zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, ale i wnieść wadium, które to miało zabezpieczyć na nowy okres zawarcie umowy z zamawiającym i konsekwencje jej niepodpisania przez wybranego wykonawcę”.

Podobnie orzekł Sąd Okręgowy w Tarnowie w wyroku z 13.02.2014r. (sygn. I Ca 495/13) wskazał, że „(...) oferta wygasa wraz z upływem oznaczonego okresu, w którym oferent był swoją ofertą związany. O ile ustawa dopuszcza możliwość zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, to wybranie oferty, którą wykonawca nie jest związany, narusza prawo. Wykonawca poprzez przedłużenie terminu związania ofertą musi wykazać, że miał wolę przedłużenia okresu związania z ofertą, albowiem oświadczenia woli wykonawcy w tym zakresie nie może mieć charakteru dorozumianego, ale winno być wyrażone wprost. W ocenie sądu wybór oferty, której termin związania wygaś, pozostaje w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 p.z.p.”

Dlatego też, w świetle opisanego stanu faktycznego i prawnego oraz materiałów zgromadzonych w postępowaniu, Zamawiający mając na uwadze dyspozycję wynikającą z art. 226 ust. 1 pkt 12) Pzp, zobowiązany był do odrzucenia oferty wskazanego Wykonawcy.

W efekcie uznać należy, iż podjęta decyzja Zamawiającego jest w pełni uzasadniona, a przy tym obligatoryjna.

Mając powyższe na uwadze oraz zgromadzony materiał dowodowy, jak i obowiązujące tezy piśmiennictwa oraz przywołane orzecznictwo, Zamawiający stwierdza, że odrzucenie oferty wskazanego wyżej Wykonawcy w oparciu o wskazane podstawy faktyczne i prawne jest w pełni uzasadnione, a w konsekwencji zobowiązany był do orzeczenia jak na wstępie.

Zgodnie z przepisami ustawy Pzp od powyższej decyzji przysługuje prawo wniesienia pisemnego i umotywowanego odwołania, przy czym z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, można je wnieść w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, gdyż informacja ta została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, przy ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa. Pisma w postępowaniu odwoławczym wnosi się w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w

postaci elektronicznej, wymagają opatrzenia podpisem zaufanym. Pisma w formie pisemnej wnosi się za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012r. - Prawo pocztowe, osobiście, za pośrednictwem postańca, a pisma w postaci elektronicznej wnosi się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Ponadto Zamawiający informuje, iż umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego może zostać zawarta, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, po dniu **19 września 2022r.**, tj. po upływie 5 dni liczonych od dnia przestania niniejszego zawiadomienia.

Z poważaniem,

Otrzymują:

1. Adresaci;
2. Strona internetowa postępowania;
3. a/a.