

Sygn. akt: KIO 1988/21

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2021 r. przez wykonawcę: **A. G., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Midpol-Investment A. G. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Budynków Komunalnych w Krakowie**

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 18 ust 1 w zw. z art. 73 i art. 74 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odmowę udostępnienia odwołującemu opinii biegłego (ekspertyzy technicznej), która stanowi podstawę uznania, że zachodzi podstawa wykluczenia odwołującego z postępowania i która, w myśl art. 73 ustawy Prawo zamówień publicznych powinna stanowić załącznik do protokołu, z powodu wycofania tego zarzutu przez odwołującego;
2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 909 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia

- przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zarząd Budynków Komunalnych w Krakowie (dalej: „zamawiający”), prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rekultywacja i zagospodarowanie terenów po zniszczonych elementach Fortu Nr 2 „Kościuszko” w Krakowie w podziale na 2 części; znak sprawy: nr 43/2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00058681/01 w dniu 19 maja 2021 r.

W dniu 29 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania.

W dniu 5 lipca 2021 r. wykonawca: **A. G., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Midpol-Investment A. G. z siedzibą w Krakowie** (dalej „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego, podjętej przez niego w dniu 29 czerwca 2021 r., zarzucając mu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. pkt 7 ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie, iż wobec odwołującego zaistniała przesłanka wykluczenia, podczas, gdy nie doszło do sytuacji, w której odwołujący 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;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie, iż wobec odwołującego zaistniała przesłanka wykluczenia, podczas gdy nie doszło do sytuacji, w której odwołujący 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, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia oświadczenia dotyczącego niepodlegania wykluczeniu (art. 125 ust. 1 ustawy Pzp);
4. art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne uznanie, iż wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu;
5. art. 260 ust. 1 w zw. z art. 255 pkt 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp poprzez niepodanie uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania, w związku z odrzuceniem oferty odwołującego.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; unieważnienie czynności unieważnienia postępowania; ponownego zbadania i oceny ofert, uwzględniając złożoną przez niego ofertę w sposób zgodny z zasadami Prawa zamówień publicznych; uznanie oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu a także nakazanie udostępnienia odwołującemu „Ekspertyzy Technicznej dotyczącej wykonanej w 2016 r. izolacji przeciwwodnej stropów i ścian nad prochownią oraz przekrycia historycznych kanałów betonowych na forcie BOREK przy ul. Fortecznej 146 w Krakowie”.

Zamawiający w dniu 5 lipca 2021 r., poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 27 lipca 2021 r., działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Odwołujący, na rozprawie w dniu 28 lipca 2021 r. złożył oświadczenie, iż cofa zarzuty naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z art. 73 i art. 74 ustawy Pzp poprzez odmowę udostępnienia odwołującemu opinii biegłego (ekspertyzy technicznej), która stanowi podstawę uznania, że zachodzi podstawa wykluczenia odwołującego z postępowania i która, w myśl art. 73 ustawy Pzp powinna stanowić załącznik do protokołu. W związku z powyższym Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

Ponadto odwołujący, odpowiadając na argumentację zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie, w dniu 28 lipca 2021 r. złożył do akt sprawy pismo procesowe.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia, treścią oferty odwołującego, treścią wyjaśnień składanych przez niego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, treścią informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, a także po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, pismem procesowym odwołującego złożonym na posiedzeniu oraz po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu

w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

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

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i złożył ofertę w postępowaniu. Po przeprowadzeniu czynności badania ofert, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego

z postępowania, a tym samym uniemożliwił mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W ocenie odwołującego czynności zamawiającego zostały dokonane wadliwie, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, bowiem oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, a postępowanie unieważnieniu. Gdyby zamawiający dokonał czynności zgodnie z przepisami i prawidłowo ocenił przesłanki odrzucenia oferty, odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Szkoda odwołującego sprowadza się zatem do wymiernej straty wynikającej z nieuzyskania zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła także dowody wnioskowane przez zamawiającego i odwołującego, załączone do pism procesowych i składane na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) jest rekultywacja i zagospodarowanie terenów po zniszczonych elementach Fortu Nr 2 „Kościuszko” w Krakowie, wykonanie robót

budowlanych i elektrycznych z podziałem na etapy: prace ziemne i odkrywkowe murów i bastionu I, II, III, dokończenie prac przy bastionie I. W Sekcji V 5.2. Ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wskazał fakultatywne podstawy wykluczenia: art. 109 ust 1 pkt 4, art 109 ust. 1 pkt 7, art. 109 ust. 1 pkt 8, art. 109 ust. 1 pkt 10. Ponadto, w Sekcji V punkt 5.5 Ogłoszenia zamawiający poinformował, iż wymaga złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe zostało powielone w treści SWZ, gdzie w pkt XII, jako podstawy wykluczenia z postępowania, zamawiający wskazał: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych: w art. 108 ust. 1, art. 109 ust. 1 pkt. 4, 7, 8 i 10 ustawy Pzp.

Izba ustaliła ponadto, że odwołujący złożył oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu na podstawie wskazanych wyżej przepisów. Wzbudziło to wątpliwości zamawiającego, który pismem z 22 czerwca 2021 r. wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia. Zamawiający wskazał, iż według jego wiedzy wykonawca nie wykonał należycie wcześniej realizowanej u zamawiającego umowy nr 007/36141/16/Z z 19 lipca 2016 r.

pn. „Rewitalizacja Fortu nr 52 „Borek” - Kontynuacja wykonania dachu i prac zabezpieczających konstrukcje górnych sklepień budynku koszarowego oraz przebudowa zadaszeń prochowni - etap IV." Zamawiający stwierdził ponadto, że w związku z niewywiązywaniem się wykonawcy z realizacji obowiązków wynikających z rękojmi za wady, w dniu 31 maja 2021 r. zlecił wykonanie zastępcze w zakresie usunięcia ujawnionych wad

i usterek, o czym poinformował odwołującego pismem z 5 marca 2021 r.

Odwołujący w piśmie z 25 czerwca 2021 r. złożył wyjaśnienia, w których stwierdził, że nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż nie zaszły wszystkie okoliczności wymienione w treści cytowanego przepisu, które upoważniałyby zamawiającego do dokonania powyższej czynności.

Zamawiający ocenił powyższe wyjaśnienia i w dniu 29 czerwca 2021 r. podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, o czym poinformował go stosownym pismem. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający podnosił, że wykonawca do oferty załączył formularz „Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 125 ustawy Pzp, dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania", w którym oświadczył między innymi, że nie zachodzą wobec niego zarówno obligatoryjne, jak również fakultatywne podstawy wykluczenia.

Zamawiający z kolei posiada odmienną wiedzę, zgodnie z którą wykonawca podał w treści oświadczenia nieprawdziwe informacje odnośnie podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, gdyż nie wykonał on należycie wcześniej realizowanej u zamawiającego umowy nr

007/36141/16/Z z dnia 19.07.2016 r. pn. Rewitalizacja Fortu nr 52 „Borek” - kontynuacja wykonania dachu, prac zabezpieczających konstrukcje górnych sklepień budynku koszarowego oraz przebudowa zadaszeń prochowni - etap IV, co skutkowało ujawnieniem się w okresie rękojmi i gwarancji, wad i usterek. Na potwierdzenie powyższego zamawiający przedstawił następujące fakty. W 2016 roku wykonawca realizował dla Zarządu Budynków Komunalnych w Krakowie (dalej „ZBK”) umowę w sprawie zamówienia publicznego pn. Rewitalizacja Fortu nr 52 „Borek” - kontynuacja wykonania dachu i prac zabezpieczających konstrukcje górnych sklepień budynku koszarowego oraz przebudowa zadaszeń prochowni - etap IV. Wykonawca udzielił 120 m-cy gwarancji i rękojmi na roboty wykonane w 2016 r. Na potwierdzenie odpowiedzialności wykonawcy za powstałe wady i usterki Referat Techniczny ZBK zlecił w m-cu marcu 2021 r. wykonanie „Ekspertyzy Technicznej dotyczącej wykonanej w 2016 roku izolacji przeciwwodnej stropów i ścian nad prochowniami oraz przekrycia historycznych kanałów betonowych na forcie BOREK przy ul. Fortecznej 146 w Krakowie” uprawnionemu rzeczoznawcy budowlanemu mgr inż. T. J. Wyniki ekspertyzy potwierdziły błędy i nieprawidłowości w wykonanej izolacji i przekrycia kanałów betonowych historycznych. O powstałych wadach i usterekach odwołujący został poinformowany 29 października 2020 r. e-mailem. 3 listopada 2020 r. odbyła się wizja na obiekcie. 23 listopada 2020 r. wysłano ostateczne przedsądowe wezwanie do usunięcia usterek, z terminem wykonania do 11 grudnia 2020 r. Wykonawca nie przystąpił do usuwania usterek, nie uznając swojej odpowiedzialności za wady i usterki. 10 stycznia 2021 r. wyznaczono kolejny termin, wskazując datę 5 lutego 2021 r. Dnia 12 lutego 2021 r. odbyło się spotkanie, celem zawarcia porozumienia ws roszczeń gwarancyjnych ZBK, na którym odwołujący nie przystał na propozycje zamawiającego. ZBK wykonał odkrycie izolacji stropu nad prochownią prawą 23.02.2021 r. Odwołujący został poinformowany o odkrytej izolacji i jej stanie technicznym. Na tę okoliczność spisano notatkę. Do dnia 26.02.2021 r. odwołujący miał przedstawić sposób naprawy i zająć ostateczne stanowisko ws. izolacji, tymczasem 1.03.2021 r. wystosował pismo, w którym poinformował, że nie ponosi odpowiedzialności za wady i usterki. Z uwagi na powyższe ZBK podjął decyzję o zleceniu robót naprawczych innej firmie w ramach wykonania zastępczego tj. Firmie BUDMEX. Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający wykazał, że: wykonawca ten nie wykonał w wyznaczonym terminie robót naprawczych związanych z usunięciem wad i usterek ujawnionych w okresie rękojmi i gwarancji; ujawnione w okresie rękojmi i gwarancji wady i usterki miały charakter istotny, gdyż niewłaściwe wykonanie izolacji spowodowało zalewanie ścian i stropów w prochowniach, w których musiały zostać wstrzymane prace realizowane w kolejnym etapie robót przez innego wykonawcę, związane z realizacją robót wewnątrz budynku fortecznego (tynkowanie, roboty instalacyjne, roboty posadzkowe, montaż kotłów gazowych). Konieczne jest

osuszanie pomieszczeń, ponadto celem wykonania robót naprawczych konieczne było zabezpieczenie prac wcześniej wykonanych (w tym przypadku drogi wałowej wykonanej i odebranej w 2020 r.) a wartość robót naprawczych w 2021 r. jest znacząca, gdyż jest to kwota 394.763,60 zł netto i stanowi 50,34% wartości robót wynikającej z umowy z 2016 roku (wartość umowy wraz z aneksami to kwota 784.135,51 zł netto). Z kolei sporządzona przez rzeczoznawcę ekspertyza wykazała, że powstałe wady i usterki nastąpiły z winy wykonawcy, ze względu na błędy w wykonawstwie i nienależyte wykonanie robót. Powyższe doprowadziło do zlecenia robót izolacyjnych w ramach wykonania zastępczego.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą decyzją zamawiającego, z uwagi na powyższe wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy przywołać treść przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który stał się podstawą podjęcia przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca przewidział, że z postępowania wyklucza się 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. Przepis precyzuje zatem jakie okoliczności i przesłanki muszą zaistnieć, aby wykluczenie było możliwe. Po pierwsze wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające

z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego; powyższe miało charakter istotny; niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź też długotrwale nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; a ponadto konsekwencją powyższego było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, zasądzenie odszkodowania, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przy czym co kluczowe, z uwagi na sankcyjny charakter przepisu, którego skutkiem jest pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie - wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Dodatkowo należy też nadmienić, że aby dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy

z postępowania, określona w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp podstawa wykluczenia musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2 ustawy Pzp), zaś wykluczenie może nastąpić, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego jego podstawą (art. 111 pkt 4 ustawy Pzp).

Izba zwraca także uwagę, że w art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Ustawodawca unijny wskazał, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, 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 wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Również w przypadku art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, wykluczenie wykonawcy może nastąpić jedynie w sytuacji zaistnienia wszystkich przesłanek łącznie.

Należy także zwrócić uwagę, że w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej Ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia. W preambule wskazano, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

Z przytoczonych powyżej przepisów wynika zatem jednoznacznie, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie, to ustawodawca krajowy określa w jakich przypadkach takie wykluczenie będzie miało miejsce. Podkreślić zatem należy, że aby spełniła się powyższa przesłanka wykluczenia wykonawca musiałby znacznym stopniu lub zakresie nie wykonać lub nienależycie wykonać albo długotrwale nienależycie wykonywać istotne zobowiązanie, wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia

publicznego lub umowy koncesji (jest to pierwszy warunek - przyczyna), co musiałoby jednocześnie wywołać skutek w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (warunek drugi - skutek). Co istotne w niniejszej sprawie, jeżeli spełniony zostanie tylko jeden warunek i brak jest na przykład skutku, i to wyłącznie takiego, który został powyżej wskazany i opisany - zamawiający nie może zastosować wobec wykonawcy opisanej powyżej przesłanki wykluczenia. Zarówno zaistnienie bowiem samej przyczyny bez skutku, jak i skutku bez przyczyny - uniemożliwia skorzystanie z omawianej przesłanki wykluczenia.

Przekładając powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba uznała, że w okolicznościach opisywanych przez zamawiającego brak było skutku, który został wskazany w treści przesłanki opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W treści informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania zamawiający wskazał przede wszystkim na fakt, że w 2016 r. odwołujący realizował dla zamawiającego umowę

w sprawie zamówienia publicznego nr 007/36141/16/Z z dnia 19 lipca 2016 r. pn. Rewitalizacja Fortu nr 52 „Borek” - kontynuacja wykonania dachu i prac zabezpieczających konstrukcje górnych sklepień budynku koszarowego oraz przebudowa zadaszeń prochowni - etap IV. Zgodnie z treścią tej umowy odwołujący udzielił 120 miesięcy gwarancji i rękojmi na roboty wykonane w 2016 r. W toku postępowania odwoławczego ustalono jednak, co przyznał sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i potwierdził na rozprawie, że na mocy postanowień zawartej z odwołującym umowy (§ 13 ust. 1) odwołujący udzielił 120 miesięcy gwarancji, natomiast rękojmi na okres 36 miesięcy. Tym samym okres rękojmi za wady, zgodnie z cytowanym zapisem umowy, upłynął w dniu 5 grudnia 2019 r.

Dalej należy zauważyć, że zamawiający przyznał w treści odpowiedzi na odwołanie, a także potwierdził powyższe na rozprawie, że wprawdzie wady i usterki zostały ujawnione w dniu 25 lutego 2019 r., jednakże zamawiający po raz pierwszy powiadomił odwołującego o tych okolicznościach pismem z 29 października 2020 r. nie precyzując przy tym, czy zgłasza roszczenia z rękojmi czy z gwarancji. Następnie w piśmie z 23 listopada 2020 r. zamawiający wystosował wezwanie do usunięcia wad i usterek ujawnionych w okresie gwarancji i rękojmi, ponownie nie precyzując, czy dochodzi roszczeń z gwarancji czy rękojmi. Z kolei na rozprawie sprecyzował, że jego zamiarem było skorzystanie z uprawnień z tytułu gwarancji, albowiem przyznał, że okres rękojmi już upłynął.

Przypomnieć należy w tym miejscu ponownie, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przewiduje wyłącznie sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania, w sytuacji

skorzystania przez zamawiającego z rękojmi za wady. Jeśli zatem wykonawca nienależycie wykonał zamówienie (skorzystanie z rękojmi nie będzie dotyczyło przypadku niewykonania zamówienia lub długotrwałego nienależytego wykonywania zamówienia, odnosi się bowiem do rzeczy przekazanej już zamawiającemu, w której ten stwierdza wady) i to nienależyte wykonanie, w związku z którym zgłoszono roszczenia rękojmi, nastąpi w znacznym stopniu lub zakresie - zamawiający może zastosować powyższy przepis. Nie mogą być więc podstawą podjęcia takiej decyzji zarówno drobne, niewielkie naprawy przedmiotu zamówienia, realizowane w ramach rękojmi, ale też co istotne w okolicznościach rozpoznawanej sprawy - realizacja roszczeń z tytułu gwarancji. Jeżeli więc naprawa wad przedmiotu zamówienia będzie realizowana na podstawie udzielonej przez wykonawcę gwarancji, to nawet jeśli wady będą znaczące - nie może to stanowić przesłanki wykluczenia.

Dalej zamawiający twierdził, uzasadniając swoją decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania, że na potwierdzenie odpowiedzialności wykonawcy za powstałe wady i usterki zlecił w marcu 2021 r. wykonanie ekspertyzy technicznej, która potwierdziła błędy i nieprawidłowości w wykonaniu izolacji i przekrycia kanałów betonowych historycznych. Pomimo, że odwołujący został powiadomiony o zaistniałych wadach i usterekach, nie przystąpił do ich usuwania, jednocześnie nie uznając swojej odpowiedzialności. W związku z tym, zamawiający podjął decyzję o zleceniu robót naprawczych innej firmie i w dniu 31 maja 2021 r. zlecono wykonanie robót izolacyjnych firmie BUDMEX.

Zamawiający na rozprawie wywodził, że wykonanie zastępcze, polegające na zleceniu prac związanych z koniecznością usunięcia wad i usterek, wynikających z wcześniej realizowanej przez odwołującego umowy, mieści się w dyspozycji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Z tym poglądem nie sposób się zgodzić. Wykonanie zastępcze to instytucja często stosowana w umowach, oparta na przepisie art. 480 kodeksu cywilnego. Skorzystanie z niej jest możliwe na etapie realizacji umowy w sytuacji, gdy wystąpi zwłoka w wykonaniu zobowiązania, powodująca konieczność zlecenia jego wykonania, na koszt wykonawcy, innemu podmiotowi. Tylko zatem w takim wypadku omawiana przesłanka wykluczenia zmaterializuje się. Tymczasem nie ulega wątpliwości, że umowa w sprawie zamówienia publicznego pn. Rewitalizacja Fortu nr 52 „Borek” - kontynuacja wykonania dachu i prac zabezpieczających konstrukcje górnych sklepień budynku koszarowego oraz przebudowa zadaszeń prochowni - etap IV została przez odwołującego zrealizowana, a roboty będące jej przedmiotem - odebrane. W konsekwencji nie można w niniejszej sprawie mówić o wykonaniu zastępczym, o którym stanowi przepis art. 480 kodeksu cywilnego.

Tym samym wyżej przedstawiony stan faktyczny, w ocenie Izby, jednoznacznie wskazuje, że nie spełniła się przesłanka wykluczenia odwołującego z postępowania, gdyż nie zaistniał skutek w postaci: wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, gdyż umowa

została zrealizowana a prace z niej wynikające - odebrane czy też wypłacenia odszkodowania (okoliczności bezsporne), ale też nie doszło w tym przypadku do zlecenia wykonania zastępczego (nie są nim roboty, zlecone w związku z koniecznością usunięcia wad i usterek w okresie gwarancji) czy też nie mamy do czynienia z realizacją uprawnień z tytułu rękojmi za wady (a z kolei realizacja roszczeń z tytułu gwarancji nie mieści się w dyspozycji tego przepisu).

Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania dopuścił się naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jak też innych przepisów wskazywanych w treści złożonego odwołania. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) oraz §7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący :