Sygn. akt KIO 482/21

WYROK
z dnia 5 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 r. przez odwołującego: **PROCAD B., S. sp. j. z siedzibą w Koluszkach** (ul. Gen. Stanisława Maczka 11 95-040 Koluszki) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie (ul. Lipowa 1a, 20-020 Lublin)**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **PROCAD B., S. sp. j. z siedzibą w Koluszkach** (ul. Gen. Stanisława Maczka 11 95-040 Koluszki) i 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;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……

Sygn. akt KIO 482/21

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 15 lutego 2021 r. przez odwołującego: Procad B. S. sp.j. z siedzibą w Koluszkach, (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lubliniew przedmiocie zamówienia publicznego na roboty budowlane, polegające na budowie przyłącza wodociągowego do obiektu technicznego obejmującego rozbudowę doziemnej instalacji wodociągowej na terenie zamkniętym i miejskim w m. Wysoka Głogowska." Nr sprawy 4.026/20/PO/WIB.Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UEpod nr 570549558-N-2020 z dnia 21.12.2020 r. Wykonawca podał, że odwołanie zostało wniesione od czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane, polegające na budowie przyłącza wodociągowego do obiektu technicznego obejmującego rozbudowę doziemnej instalacji wodociągowej na terenie zamkniętym i miejskim w m. Wysoka Głogowska. Wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia odwołania, istnieje możliwość uzyskania przez Wykonawcę zamówienia i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. e w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych obowiązującego do dnia 31 grudnia 2020r. przez ich błędną wykładnię polegającą na

a. przyjęciu, że zawarta pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą Umowa nr 4/042/20/PZO/WIB z dnia 28 sierpnia 2020r., od której to Zamawiający odstąpił jest umową w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu przepisu art. 24 ust.5 pkt 4 Pzp w sytuacji, w której Umowa ta, na podstawie art. 131b Pzp, została zawarta z pominięciem przepisów Pzp. i nie stosuje się do niej przepis art. 2 pkt 13 Pzp;

ewentualnie w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, przez ich błędną wykładnię polegającą na

b. dowolnym przyjęciu, że zaszły przesłanki ustalenia, że Wykonawca w istotnym stopniu nie wykonał lub nienależycie wykonał, z przyczyn leżących po jego stronie. Umowę nr 4/042/20/PZO/WIB z dnia 28 sierpnia 2020 r., co doprowadziło do rozwiązania umowy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

W dniu 28 sierpnia 2020r. Zamawiający zawarł z Wykonawcą umowę nr 4/042/20/PZO/WIB na usługę opracowania koncepcji programowo – przestrzennej oraz programu inwestycji wraz z uzyskaniem decyzji o lokalizacji celu publicznego dla zadania „Budowa stacjonarnej bazy magazynowej" na terenie poligonu Nowa Dęba (dalej: Umowa „Nowa Dęba"). Umowa ta, na podstawie przepisu art. 131b Pzp zawarta została z pominięciem Prawa zamówień publicznych. Pismem z dnia 15 grudnia 2020r. Zamawiający odstąpił od Umowy „Nowa Dęba". Pismem z dnia 18 stycznia 2021 r. pełnomocnik Wykonawcy wskazał na nieskuteczność oświadczenia o odstąpieniu. Pismem z dnia 27 stycznia 202lr., Zamawiający wezwał Wykonawcę m.in. do wykazania, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania w sytuacji, w której Wykonawca oświadczył o braku przesłanek wykluczenia, a Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od Umowy „Nowa Dęba". Dokumentem z dnia 1 lutego 202lr. (złożonym w formie mailowej), Wykonawca wskazał, że brak jest podstaw wykluczenia, a to z tego powodu, że Umowa „Nowa Dęba" nie jest umową w sprawie zamówienia publicznego, a nadto, że przyczyny rozwiązania tej umowy nie leżą po stronie Wykonawcy. Wykonawca przesłał Zamawiającemu także odpis pisma z dnia 18 stycznia 2021r. Pismem z dnia 9 lutego 202lr. Zamawiający, nie uznając wyjaśnień Wykonawcy, wykluczył go z Postępowania.

Odwołujący w szczególności wskazał:

Ad. Ia. Istotą odwołania jest odpowiedź na pytanie, czy umowa zawierana z pominięciem przepisów dawnego Prawa zamówień publicznych jest umową w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu przepisu art. 2 pkt 13 dawnego Prawa zamówień publicznych. Wydawać mogłoby się, że odpowiedź negatywna jest oczywista. Z treści pisma Zamawiającego z dnia 9 lutego 2021r. wynika jednak, że nie. Zamawiający traktuje bowiem Umowę „Nowa Dęba", jako umowę w sprawie zamówienia publicznego, mimo iż sam przeprowadził postępowanie z pominięciem przepisów Prawa zamówień publicznych. Zamawiający dokonał tym samym błędnej wykładni przepisu art. 131b Pzp.

Wypada przywołać in extenso treść przepisu art. 131b Pzp: „Ustawy nie stosuje się do udzielania zamówień w

dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8". Nie może być wątpliwości, że niestosowanie ustawy oznacza, że nie stosuje się całej ustawy, a nie jedynie wybranych przepisów. Niestosowanie ustawy oznacza, że do postępowania dotyczącego zawarcia Umowy „Nowa Dęba" jak i do samej Umowy „Nowa Dęba" nie znajdą zastosowania przepisy:

–o zamawiającym, gdyż definicja zamawiającego znajduje się w art. 2 pkt 12 i art. 3 d.pzp, ale ustawy tej nie stosuje się;
–o wykonawcy, gdyż definicja wykonawcy znajduje się w art. 2 pkt 11 d.pzp, ale ustawy tej nie stosuje się;
–o zamówieniu, gdyż definicja zamówienia publicznego znajduje się w art. 2 pkt. 13 d.pzp, ale ustawy tej nie stosuje się.

Zdaniem wykonawcy bez znaczenia jest ustalenie, czy Umowy „Nowa Dęba" wypełnia znamiona zawarte w definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13 Pzp, a zatem, czy była odpłatną umową zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Przepisu art. 2 pkt 13 Pzp. nie stosuje się, gdyż ustawa tak stanowi. Jeśli tak, to Umowy „Nowa Dęba" nie jest umową w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp (jak i każdego innego przepisu tej ustawy).

Ad. 1b. Obowiązkiem Zamawiającego jest staranne uzasadnienie dokonanej czynności wykluczenia Wykonawcy. Obowiązek ten wynika przede wszystkim z dyspozycji art. 7 ust. 1 d. pzp. Zamawiający nie może poprzestać na stwierdzeniu, że odstąpił od innej umowy zawartej z Wykonawcą i przerzucić na Wykonawcę obowiązek wykazania, że doszło do tzw. „samooczyszczenia się". Obowiązek ten jest szczególnie wyraźny w sytuacji, w której między Zamawiającym a Wykonawca istnieje spór co do zasadności rozwiązania umowy'. Warunkowanie dopuszczenia Wykonawcy do udziału w Postępowaniu „samooczyszczeniem się" Wykonawcy jest w tej sytuacji oczekiwaniem przyznania się przez Wykonawcę do zawinionego niewykonania poprzedniej umowy. Jest to nadużycie przez Zamawiającego pozycji dominującej w Postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 1/03/21) wniósł o oddalenie odwołania wskazując w szczególności na następujące okoliczności:

Fakultatywna przesłanka wykluczenia Wykonawcy określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp była przewidziana przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nr 570549558-N2020 r. opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21.12.2020 r. (dalej: BZP) oraz w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego od dnia publikacji ogłoszenia w BZP tj.: od dnia 21.12.2020 r., a zatem Zamawiający uprawniony był do dokonania czynności wykluczenia Wykonawcy na jej podstawie (tak: wyrok KIO z dnia 22.01.2018 r., KIO 2688/18; z dnia 22.05.2018 r., KIO 899/18).

Podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania prowadzonego pod nr 4.026/20/POM/IB było niewykonanie przez niego umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy przez Zamawiającego z wyłącznej winy Wykonawcy.

I. Odstąpienie od umowy zawartej z Odwołującym przez Zamawiającego

1/ Zamawiający zawarł z Odwołującym PROCAD B., S. Sp. j. z siedzibą w Koluszkach, ul. Maczka 11, 95-040 Koluszki (Odwołujący w niniejszej sprawie) umowę nr 4.042/20/PZO/WIB z dnia 28.08.2020 r. w sprawie zamówienia publicznego z wyłączeniem stosowania ustawy PZP na podstawie art. 131 b ustawy Pzp, na usługę polegającą na opracowaniu Koncepcji programowo-przestrzennej oraz Programu Inwestycji wraz z uzyskaniem decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego dla zadania „Budowa stacjonarnej bazy magazynowej" na terenie poligonu Nowa Dęba. Przedmiotowa umowa, będąca umową zamówienia publicznego, w S 3 ust. 1 określała wynagrodzenie Odwołującego na kwotę 382.500,00 zł netto, 470.475,00 zł brutto (przy stawce 23% podatku VAT), zgodnie z przyjętą ofertą. Termin wykonania Etapu I umowy został określony na dzień 16.11.2020 r. (S 2 ust. 1 pkt a umowy nr 4.042/20/PZO/WIB), zaś termin wykonania Etapu II, stanowiącego wykonanie przedmiotu umowy - na dzień 30.06.2021 r. (§ 2 ust. 1 pkt b umowy nr 4.042/20/PZOANIB).

2/ W trakcie realizacji prac objętych przedmiotową umową, Zamawiający wzywał Odwołującego do przestawienia stanu zaawansowania prac (vide: pismo z dnia 19.10.2010 r., nr wych. 6432/20 wraz z potwierdzeniem wysłania faxem, pismo z dnia 27.10.2020 r., nr wych. 6619/20 wraz z potwierdzeniem wysłania faxem), wskazując, iż w jego ocenie zachodzi obawa niedotrzymania przez Odwołującego terminu realizacji Etapu I umowy, co może skutkować skorzystaniem przez Zamawiającego z uprawnień przewidzianych w S 14 umowy (odstąpienie) oraz w § 11 umowy (kary umowne).

W odpowiedzi na powyższe, Wykonawca pismem z dnia 29.10.2020 r. wysłanym za pośrednictwem poczty elektronicznej (nr wch. 9498/20 oraz 9519/20) przedstawił informację odnośnie zaawansowania prac projektowych w odniesieniu do harmonogramu oraz zwrócił się z prośba o przedłużenie terminu realizacji Etapu I do dnia 16.12.2020 r. powołując się na stan epidemii koronawirusa COVID-19. Pismem z dnia 09.11.2020 r., nr uch. 6900/20, Zamawiający wskazał, iż po analizie stanu zaawansowania prac nie ma możliwości zachowania terminu wykonania Etapu I umowy. Zamawiający wskazał, że Wykonawca do dnia sporządzenia pisma nie przedłożył Zamawiającemu żadnych opracowań ani innych dokumentów, które pozwoliłyby na potwierdzenie należytego i terminowego wykonywania przedmiotu umowy. Wykonawca mimo terminów określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym, stanowiącym integralną część umowy, nie wykonał w terminie żadnych czynności tam wskazanych. Zamawiający odnosząc się do wniosku Wykonawcy o przedłużenie terminu wykonania Etapu I, wskazał, iż brak jest podstaw do zmiany tego terminu, bowiem samo powołanie się na stan epidemii wywołany przez SARS-CoV-2, bez wykazania faktycznego wpływu stanu epidemii na wykonywanie prac oraz brak jakichkolwiek wcześniejszych informacji od Wykonawcy o utrudnieniach związanych z realizacją umowy z tego powodu, nie daje podstaw do przedłużenia terminu wykonania Etapu I umowy.

3/ Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt a umowy, termin wykonania Etapu I został określony na dzień 16.11.2020 r. Za termin wykonania Etapu I, zgodnie z § 2 ust. 3 umowy, uznaje się dzień akceptacji opracowań ujętych w Etapie I realizacji przedmiotu zamówienia na zorganizowanym przez Zamawiającego spotkaniu roboczym, jeżeli zostały one wykonane bez wad. Procedura oceny oraz odbioru dokumentacji stanowiącej Etap I umowy została szczegółowo opisana w § 5 ust, 3 pkt 1 ppkt a-g umowy. Zgodnie z tymi postanowieniami Zamawiający dokona akceptacji opracowań będących Etapem I (części jawnej i zastrzeżonej) bez wad w terminie do 21 dni od dnia ich złożenia (§ 5 ust. 3 pkt 1 ppkt c umowy), przy czym Wykonawca zobowiązany był do złożenia opracowań i dokumentów w siedzibie Zamawiającego ze stosownym wyprzedzeniem w terminie umożliwiającym dochowanie umownego terminu wykonania Etapu I (§ 5 ust. 3 pkt 1 ppkt c umowy). Oznacza to, że Wykonawca zobowiązany był do złożenia dokumentacji stanowiącej Etap I na co najmniej 21 dni przed upływem terminu wykonania Etapu I, tak aby Zamawiający, w terminie wskazanym w § 5 ust. 3 pkt 1 ppkt c umowy mógł dokonać jej oceny. Zatem skoro termin wykonania Etapu I mijał w dniu 16.11.2020 r., to Wykonawca zobowiązany był do złożenia dokumentacji w siedzibie Zamawiającego najpóźniej do dnia 27.10.2020 r. Wykonawca nie wykonał swoich zobowiązań w terminie.

4/ Zamawiający w korespondencji kierowanej do Odwołującego podnosił, iż przekroczone zostały terminy wykonania Etapu I umowy, wzywając go do wykonania opracowań objętych Etapem i, pod rygorem odstąpienia od umowy z winy Odwołującego. Wskazywał, że mimo iż pozwany składał oświadczenia o złożeniu dokumentacji do organów oraz przedkładał częściową dokumentację, to było to niekompletne i nie stanowiło wykonania Etapu I umowy (vide: pismo z dnia 20.1 1.2020 r., nr wych. 7134/20, pismo z dnia 20.11.2020, nr wch. 10173/20, pismo z dnia 20.11.2020 r., nr wch. 10185/20, pismo z dnia 26.11.2020 r., nr wych. 7258/20 pismo z dnia 26.11.2020 r., nr wych. 7309/20, mail z dnia 27.11.2020 r., nr wch. 10459/20, pismo z dnia 02.12.2020 r., nr wych. 7438/20, pismo z dnia 02.12.2020 r., nr wch. 10603/20, pismo z dnia 08.12.2020 r., nr wych. 7574/20, mail z dnia 11.12.2020 r., nr wch. 10954/20, pismo z dnia 14.12.2020 r., nr wch. Z-369/20, mail z dnia 15.12.2020 r., nr wch. 10953/20).

5/ Podkreślił, że zakreślany przez Zamawiającego termin dostarczenia dokumentów stanowiących wykonanie Etapu I umowy w żaden sposób nie powodował zmiany terminów, określonych w umowie nr 4.042/20/PZOANIB z dnia 28.08.2020 r., tym bardziej, że — nawet gdyby przyjąć, iż zakreślenie zawitego terminu, odmiennego od terminu umownego, przedłuża termin wykonania Etapu I umowy (czemu Zamawiający stanowczo zaprzecza) — Odwołujący nie był w stanie przedłożyć Zamawiającemu dokumentów objętych Etapem I umowy, z uwagi na zastrzeżenia zgłaszane przez organy uzgadniające (vide: pismo z dnia 29.12.2020 r., nr wch. 1 1372/20, pismo z dnia 31.12.2020 r., nr wch. 11438/20, pismo z dnia 14.012021 r., nr wch. 463/21) oraz samego Zamawiającego (pismo z dnia 16.11.2020, nr wych, 7309/20).

6/ W związku z niewykonaniem w terminie Etapu I umowy oraz wielokrotnymi bezskutecznymi pismami kierowanymi do Odwołującego, wzywającymi go do realizacji umowy, Zamawiający pismem z dnia 15.12.2020 r., nr wych. 7740/20 na podstawie S 14 ust. 2 umowy nr 4.042/20/PZO/WIB, odstąpił od umowy z Odwołującym z powodu niewykonania przez Odwołującego z jego wyłącznej winy Etapu I umowy. Zgodnie z S 14 ust. 2 umowy, jeżeli Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykonaniem Przedmiotu umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby je ukończyć w czasie umówionym, lub w przypadku, gdy Zamawiający zmuszony zostanie do ponaglania Wykonawcy do realizacji tej samej czynności związanej z wykonaniem Przedmiotu umowy w terminach określonych w uzgodnionym przez strony Harmonogramie rzeczowo-finansowym, w tym w szczególności po 2-krotnym wezwaniu w formie pisemnej Wykonawcy do realizacji tej samej czynności związanej z wykonaniem Przedmiotu umowy, Zamawiający może bez wyznaczenia terminu dodatkowego od umowy odstąpić, jeszcze przed upływem terminu do wykonania Przedmiotu umowy. Zamawiający wskazał, iż 5-krotnie wzywał Odwołującego do dostarczenia Zamawiającemu opracowań stanowiących Etap I umowy.

Oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało wysłane do Odwołującego za pośrednictwem poczty elektronicznej i zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z art. 61 § 2 kc, oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. W przedmiotowej sprawie pismo o odstąpieniu od umowy opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym zostało wysłane za pośrednictwem poczty elektronicznej na e-mail wskazany w komparycji umowy nr 4.042/20/PZONVIB w dniu 15.12.2020 r. Zatem mając na względzie treść przywołanego art. 61 S 2 kc, Zamawiający w dniu 15.12.2020 r. skutecznie złożył Odwołującemu oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy. Jako uzasadnienie swojej decyzji Zamawiający wskazał, że pomimo iż Odwołujący zobowiązał się do realizacji Przedmiotu Umowy zgodnie z Publicznym Zaproszenie do Składania Ofert (dalej: PZO) i Opisem Przedmiotu Umowy (dalej: OPIJ) na warunkach i w terminach tamże określonych, nie dochował swoich zobowiązań, nie tylko co do terminu wykonania umowy, ale również w zakresie rzeczowym. W trakcie realizacji umowy Odwołujący nie przedstawił żadnego kompletnego opracowania obejmującego zakres Etapu I przedmiotowej Umowy. Pomimo licznych wezwań Odwołującego do pisemnego przedstawienia stanu zaawansowania prac projektowych oraz wywiązania się z zakresów rzeczowych zawartej Umowy (pisma wskazane w pkt 4 powyżej) Wykonawca dopiero w dniu 27.11.2020 r. wysłał do Zamawiającego wstępny plan zagospodarowania terenu w formie elektronicznej, stanowiący część opracowań objętych Etapem I Przedmiotu umowy, celem zaopiniowania. Przesłane opracowanie zostało przedłożone w stanie niekompletnym z punktu widzenia celu, któremu ma służyć i nie przedstawiało żadnej wartości dla Zamawiającego w rozumieniu § 5 ust. 1 Umowy. Jak zostało wskazane w piśmie z dnia 3 grudnia 2020 r. przesłane przez Odwołującego opracowanie było niekompletne i nieczytelne, a dodatkowo nie uwzględniało wytycznych zawartych w Minimalnych Wojskowych Wymagań Organizacyjno- Użytkowych oraz w Aneksie do MWWO-U dotyczących przedmiotowej inwestycji oraz przekazanych Wykonawcy w dniu podpisania Umowy. Według harmonogramu realizacji prac projektowych (harmonogramu rzeczowo-finansowego) sporządzenie koncepcji programowo — przestrzennej, w której jeden z elementów winien stanowić plan zagospodarowania terenu, powinno zostać wcześniej uzgodnione z instytucjami wymienionymi w Załączniku nr 1 do Umowy, tj. SOPU pkt. 24., natomiast termin dostarczenia jej do siedziby Zamawiającego, przypadał na dzień 30.10.2020 r. Pomimo składanych przez Odwołującego obietnic dostarczenia dokumentacji w terminach zakreślanych przez samego Wykonawcę, mijały one bezskutecznie.

7/ Terminowa realizacja przedmiotowej umowy - niezależnie od zobowiązań stron określonych w samej treści umowy, w tym w szczególności w zakresie zachowania terminów — była niezwykle istotna dla Zamawiającego. Z uwagi na niezwłoczną konieczność zmiany lokalizacji obecnego składu środków bojowych i przeniesienie jej poza teren kompleksu wojskowego. Zadanie to otrzymało status priorytetowy, ponieważ niewykonanie założeń może wpływać na ograniczenie możliwości realizacji innych zadań inwestycyjnych na rzecz formowania nowej Jednostki Wojskowej 18 Dywizji Zmechanizowanej na terenie kompleksu wojskowego w Nowej Dębie, co ma szczególne znacznie z uwagi na ograniczenie związane z brakiem możliwości ulokowania innych obiektów w wyznaczonych strefach ochronnych budynków magazynowych, które muszą być zachowane ze względu na niebezpieczeństwo związane z przechowywaniem w nich środków wybuchowych. Brak realizacji w terminie przedmiotowej umowy uniemożliwił Zamawiającemu pozyskanie środków na sfinansowanie potrzeb i wymagań dla przedmiotowego zadania, co przekłada się jednocześnie na opóźnienie w realizacji innych, planowanych zadań inwestycyjnych. Zadanie nr 43100 pn. „Budowa stacjonarnej bazy magazynowej" zostało ujęte w Planie Inwestycji Budowlanych, zgodnie z zamierzeniami wynikającymi z koncepcji obronnych państwa określonych przez Inspektorat Wsparcia Sił Zbrojnych. Zamawiający za priorytetowe uznał sporządzenie opracowań objętych umową 4,42/20/PZO/WIB, m.in. koncepcji programowo — przestrzennej oraz programu inwestycji, ze względu na pilną konieczność określenia szacunkowych kosztów realizacji wskazanego zadania. Z uwagi, iż zakres inwestycji wymagała dużego nakładu środków finansowych, Zamawiający, zgodnie z wytycznymi Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych zawartymi w piśmie wch. nr 19531 /20 z dnia 13.03.2020 r., podjął decyzję o zleceniu sporządzenia ww. opracowań w pierwszej kolejności, celem priorytetowego określenia szacunkowej wartości budowy przedmiotowych magazynów i zaplanowania dalszych działań mających na celu realizację przedsięwzięcia. Opracowanie kosztu szacunkowego inwestycji powinno być wykonane dokładnie i rzetelnie, z

uwzględnieniem wariantowości budowy obiektów magazynowych oraz innych parametrów charakteryzujących ten rodzaj magazynów, ze względu na ich specyfikę.

8/ W ocenie Zamawiającego, Odwołujący przy realizacji umowy wykazał się lekceważącym stosunkiem do Zamawiającego, z uwagi na utrudniony kontakt i brak terminowych odpowiedzi na pisma tutejszego Zarządu, wzywające do przedstawienia stanu zaawansowania prac lub do dostarczenia opracowań do siedziby Zamawiającego. Odwołujący wykazał również brak profesjonalizmu, który jest wymagany w stosunkach danego rodzaju, na co wskazywać może fakt, iż w odpowiedzi nie przedłożył dowodów na wykonanie czynności stanowiących Przedmiot umowy, a jedynie przekazywał zdawkowe informacje o planowanych terminach wykonania ww. czynności. Na tej podstawie Zamawiający wnioskuje, iż Wykonawca nie angażował się w realizację powierzonego zadania, nie wykonując tym samym należycie postanowień zawartej umowy.

Il. Wykluczenie Odwołującego.

Odwołujący, w odpowiedzi na Ogłoszenie o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nr 570549558-N-2020 r. opublikowane w BZP w dniu 21.12.2020 r. , złożył w wyznaczonym terminie, tj. w dniu 31.12.2020 r. wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (nr rejestrowy w kancelarii Zamawiającego 11442/20 z 31.12.2020 r. godz. 13:40) o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane polegające na budowie przyłącza wodociągowego dla obiektu technicznego obejmującego rozbudowę doziemnej instalacji wodociągowej na terenie zamkniętym i miejskim w m. Wysoka Głogowska, nr referencyjny sprawy 4.026/20/POWIB.

W Sekcji III.3.2) Ogłoszenia o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nr 570549558-N-2020 r. z dnia 21.12.2020 r. oraz pkt XIV ppkt 1 tiret drugi SIWZ, Zamawiający przewidział przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, wskazując m.in., iż w oparciu o art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c) w związku z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wykluczy z postępowania Wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z Zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, treść którego przywołał Zamawiający we wzorze Oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp stanowiącym wstępne potwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu z postępowania (część 2 wzoru oświadczenia dotycząca przesłanek wykluczenia z postępowania — pkt 2 ppkt 4) i stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z oświadczeniem, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, datowanym na dzień 30.12.2020r., stanowiącym wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. W części 2 oświadczenia dotyczącej „przesłanek wykluczenia z postępowania" w pkt 2, Wykonawca oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust. lb pkt 1 lit. a, b i c (art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 i 8) ustawy Pzp. Ponadto, Wykonawca oświadczył w dalszej części oświadczenia, że nie rozwiązano z nim umowy ani nie zasądzono w stosunku do niego odszkodowania, z powodu, iż z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp.

W związku z tym, że przywołane wyżej treści obu oświadczeń Wykonawcy stały w sprzeczności z faktem rozwiązania w dniu 15.12.2020 r. przez Zamawiającego umowy nr 4.042/20/PZO/WIB z dnia 28.08.2020 r. z Wykonawcą PROCAD B., S. Sp. j, z siedzibą w Koluszkach (o czym jest mowa pkt I uzasadnienia powyżej), Odwołujący w dniu 27.01.2021 r. pismem nr 551/21 - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - został wezwany przez Zamawiającego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do złożenia wyjaśnień w sprawie dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym m.in. oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu (nr sprawy 4.026/20/PO/WIB). Zamawiający wskazał Wykonawcy w wezwaniu na nieścisłości w złożonym oświadczeniu wstępnym w związku z odstąpieniem przez Zamawiającego od wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, czego konsekwencją może wykluczenie Wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 131e ust. lb pkt 1 lit. c w związku z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp, wykluczenie Wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 24. ust. 5 pkt 4 Pzp, jeżeli nie upłynęły 3 tata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Jednocześnie, Zamawiający wskazał Wykonawcy, że zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp: „Wykonawca, który podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie (...) art. 24 ust. 5 Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy", a dodatkowo art. 24 ust. 9 Pzp stanowi, że: „Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8". Tym samym, Zamawiający wskazał Wykonawcy na możliwość skorzystania z tzw. „procedury samooczyszczenia" polegającej na wykazaniu Zamawiającemu, że Wykonawca podjął środki naprawcze służące wykazaniu jego rzetelności, naprawieniu nieprawidłowości w działaniu co doprowadziło do rozwiązania wcześniejszej z nim umowy o zamówienie publiczne z przyczyn leżących po jego stronie, co Wykonawca winien uczynić co najmniej w treści złożonego oświadczenia wstępnego poprzez oświadczenie, że zachodzą w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania oraz wskazać odpowiednią podstawę wykluczenia jednocześnie oświadczając, że w związku z w/w okolicznością, na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp podjął następujące środki naprawcze i zgodnie z własnym uznaniem przedstawić Zamawiającemu środki/dowody na powyższe.

W odpowiedzi na wezwanie w terminie określonym przez Zamawiającego, Wykonawca złożył wyjaśnienia (e-mail z dnia 01.02.2021 zarejestrowany w kancelarii jawnej Zamawiającego pod nr wch. 944/21 w dniu 01.022021 r.; oryginał pisma zarejestrowany w kancelarii jawnej pod nr wch. 101 1/21 w dniu 02.02.2021 r.), w których oświadczył (odnośnie oświadczenia wstępnego złożonego w dniu 30.12.2020 r. wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postepowaniu), że stawiana przez Zamawiającego teza o podstawach wykluczenia nie jest trafna w związku z tym, że umowa nr 4.042/20/PZO/WIB z dnia 28.08.2020 r., od której Zamawiający odstąpił została zawarta z pominięciem przepisów ustawy Pzp, a zatem umowa ta nie jest umową w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż na podstawie art. 131b ustawy Pzp nie stosuje się do niej przepis art. 2 pkt 13 ustawy Pzp; ponadto, gdyby umowa nawet była zawierana w reżimie przepisów ustawy Pzp, to przesłanki opisane w

przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i tak nie zachodzą, gdyż według Wykonawcy niewykonanie tej umowy nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, a odstąpienie Zamawiającego od umowy Wykonawca uznaje za nieskuteczne.

III. Analiza podstaw odwoławczych zawartych w odwołaniu z dnia 12.02.2021 r.

Odwołujący w odwołaniu z dnia 15.02.2021 r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 131 e ust. 1b pkt 1 lit. c w związku z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy PZP poprzez ich błędną wykładnię polegającą na:

1. przyjęciu, że zawarta pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą Umowa nr 4.042/20/PZOm/IB z dnia 28.08.2020 r., od której to Zamawiający odstąpił, jest umową w sprawie zamówienia publicznego w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w sytuacji, w której umowa ta, na podstawie art. 131b Pzp, została zawarta w pominięciem przepisów ustawy Pzp i nie stosuje się do niej przepis art. 2 pkt 13 ustawy Pzp,

2. ewentualnie w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię polegającą na dowolnym przyjęciu, że zaszły przesłanki ustalenia, że Wykonawca w istotnym stopniu nie wykonał lub nienależycie wykonał , z przyczyn leżących po jego stronie, Umowę nr 4.042/20/PZOM/IB z dnia 28.08.2020 r. co doprowadziło do rozwiązania umowy.

Odnosząc się w sposób szczegółowy do postawionych zarzutów Zamawiający wskazał, co następuje:

Ad. 1.

1/ Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp poprzez zamówienie publiczne należy rozumieć: „umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane", co jest jednocześnie spójne z definicją zamówienia publicznego zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych.

2/ Dokonując wykładni tej definicji, za zamówienie publiczne należy uznać tylko i wyłącznie umowę zawartą w sytuacji, w której łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki: 1. umowa zostanie zawarta między zamawiającym (w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp) a wykonawcą (w rozumieniu art. 2 pkt 1 1 ustawy Pzp); 2. przedmiotem umowy są usługi (w rozumieniu art. 2 pkt 10 ustawy Pzp), dostawy (w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy Pzp) lub roboty budowlane (w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy Pzp); 3. umowa ma charakter odpłatny. Wymóg odpłatności oznacza, że zamówieniem publicznym są takie umowy, na podstawie których usługi, dostawy lub roboty budowlane (świadczenie Wykonawcy) są wykonywane w zamian za wynagrodzenie ze strony Zamawiającego, i co istotne — niezależnie od wartości tegoż wynagrodzenia. Istotne jest bowiem wyłącznie to, że przedmiotem umowy w sprawie zamówienia publicznego jest zawsze ekwiwalentna wymiana świadczenia pieniężnego Zamawiającego za dostawę, usługę lub robotę budowlaną świadczone przez Wykonawcę.

Do uznania umowy za zamówienie publiczne jest zatem wystarczające, aby umowa spełniała w/w przesłanki, a nadto by została zawarta w formie pisemnej.

3/ Niewątpliwym jest, że umowa nr 4.042/20/PZO/WIB z dnia 28.08.2020 r. była umową w sprawie zamówienia publicznego, bowiem zostały łącznie spełnione przesłanki wskazane w art. 1 pkt 13 ustawy Pzp:

1.Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie jest Zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. jako jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (jednostka organizacyjna podległa Ministrowi Obrony Narodowej) i jest obowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp. Z kolei firma PROCAD B., S. Sp. j., (…), jest Wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp jako podmiot, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę i zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego nr 4.042/20/PZONVIB w dniu 28.08.2020r. na usługę opracowania koncepcji programowo-przestrzennej oraz programu inwestycji wraz z uzyskaniem decyzji o lokalizacji celu publicznego dla zadania „Budowa stacjonarnej bazy magazynowej" w m, Nowa Dęba.

2. Przedmiotem umowy nr 4.042/20/PZO/WIB z dnia 28.08.2020 r. była usługa do szczególnych celów wojskowych, tj.: polegająca na opracowaniu dokumentacji dla kompleksu obiektów składu środków bojowych, w tym amunicji i materiałów wybuchowych w ramach zadania inwestycyjnego „Budowa stacjonarnej bazy magazynowej" na terenie poligonu w m. Nowa Dęba — realizowana na podstawie Normy Obronnej NO-13-A247 2019. Amunicja i materiały wybuchowe. Zasady przechowywania w magazynach naziemnych. Umowa, o której mowa powyżej została zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego — zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

3. Umowa nr 4.042/20/PZOWIB z dnia 28.08.2020 r. miała charakter odpłatny, co wprost wynika z S 3 ust. 1 przedmiotowej umowy, zgodnie z którym „za należyte wykonanie całego Przedmiotu umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości: ogółem netto: 382 500,00 zł, ogółem brutto: 470 475,00 zł, stawka podatku VAT — 23%, zgodnie z przyjętą ofertą".

W świetle powyższego podnoszony przez Odwołującego zarzut, iż umowa nr 4.042/20/PZO/WIB nie była umową zamówienia publicznego, bowiem została zawarta w pominięciem przepisów ustawy Pzp, jest chybiony.

4 / Wskazał, iż przedmiot zamówienia publicznego, na podstawie art, 131a ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, został zakwalifikowany jako zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W myśl art. 131b ustawy Pzp „ustawy nie stosuje się do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 1 1 ust. 8", co oznacza, że usługa stanowiąca przedmiot umowy nr 4.042/20/PZO/WIB o szacunkowej wartości netto 394 824,00 zł, co stanowi 92 479,80 euro (według kursu euro: 4,2693 na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych — Dz. U. z 2019 r., poz. 2453) nie przekraczała tzw. „progu unijnego" dla zamówień na usługi w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa tj. kwoty 428 000 euro — tj.: określonej zgodnie z art. 1 1 ust. 8 Pzp w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 16 grudnia 2019 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U, z 2019 r., poz. 2450). W związku powyższym Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia — nr sprawy 4.042/20/PZO/WIB - z wyłączeniem ustawy Pzp na podstawie art. 131b, tj.: w trybie Publicznego Zaproszenia do składania Ofert(PZO), którego zasady określa Regulamin udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane w Rejonowym Zarządzie Infrastruktury w Lublinie, zatwierdzony przez Szefa Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie.

5/ Fakt, że Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z wyłączeniem reżimu ustawy Pzp ze względu na przedmiot oraz wartość zamówienia, tj. nie w trybie przewidzianym ustawą, nie może być podstawą do zakwestionowania zawartej w wyniku tegoż postępowania umowy nr 4.042/20/PZO/WIB jako umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowanie wyłączenia zamówienia z reżimu ustawowego jest uprawnieniem Zamawiającego przewidzianym przez Ustawodawcę w zakresie określonym ustawą Pzp i tylko w takim zakresie może być stosowany, co wprost oznacza, że Zamawiający właśnie stosuje przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający wskazywał powyższe przesłanki w skierowanym do Odwołującego zawiadomieniu o wykluczeniu z przedmiotowego postępowania pismo z dnia 09.02.2021 r., nr wych. 827/21.

6 / Fakt, że umowa nr 4.023/20/PZO/WIB z dnia 28.08.2020 r. była umową zamówienia publicznego (co Zamawiający z całą stanowczością podkreśla), sprawia, że wskazana przez Zamawiającego w dokumentach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego na roboty budowlane polegające na budowie przyłącza wodociągowego do obiektu technicznego obejmującej rozbudowę doziemnej instalacji wodociągowej na terenie zamkniętym i miejskim w m. Wysoka Głogowska, nr sprawy: 4.026/20/PZO/WIB, tj.: w Ogłoszeniu o zamówieniu w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nr 570549558-N-2020 z dnia 21.12.2020 r. oraz siwz, podstawa wykluczenia Wykonawców z przedmiotowego postępowania (tj. art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania), bezsprzecznie miała zastosowanie przy wykluczeniu Odwołującego z postępowania prowadzonego pod nr sprawy: 4.026/20/PZO/WIB.

7/ Wskazał, że kwestionowanie przez Odwołującego zasadności czy skuteczności złożonego przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy nr 4.042/20/PZO/WIB, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zbadania okoliczności i dokonania czynności wykluczenia, jeżeli zostaną spełnione przesłanki do wykluczenia Wykonawcy. Wskazać należy, że Ustawodawca w przypadku art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp zastrzegł jedynie, że wykluczenie następuje, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zamawiający nie dokonuje zatem ponownej oceny tego, czy złożone przez niego oświadczenie o odstąpienie od umowy było zasadne czy nie (co byłoby kuriozalne mając na względzie fakt, że musiał dokonać tej oceny wcześniej, podejmując decyzję o złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od umowy), a jedynie bada czy w stosunku do danego Wykonawcy faktycznie zachodzą przesłanki do wykluczenia. Wykluczenie Odwołującego poprzedzone było nie tylko szczegółową analizą podstaw do wykluczenia, ale również dotychczasowych działań bądź zaniechań Odwołującego jako Wykonawcy realizującego inne prace na zlecenie Zamawiającego. Zatem w sytuacji zaistnienia takiej przesłanki Zamawiający jest obowiązany do jej zastosowania i wykluczenia każdego wykonawcy, wobec którego przesłanka ta się ziści (tak: w wyroku KIO z dnia 22.05.2018 r., KIO 899/18).

Nie można również zapominać, iż Odwołującemu przysługiwało prawo do wystąpienia z powództwem do sądu powszechnego z roszczeniem o ocenę zasadności złożonego przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Zamawiający nie posiada wiedzy, aby Odwołujący z takim roszczeniem wystąpił.

8/ Podkreślił również, iż zastrzeżenia Odwołującego wobec zasadności rozwiązania umowy o wcześniejsze zamówienie publiczne lub nawet jej zaskarżenie, nie może wstrzymywać wykluczenia takiego Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Na powyższe zwrócił uwagę Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 19 czerwca 2019 r. poprzez przywołanie art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE, wdrożonego na gruncie prawa polskiego przez art. 24 ust. 5 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, który powierza Zamawiającemu, a nie sądowi konieczność dokonania oceny w zakresie zasadności wykluczenia.

W związku z powyższym oraz w związku z faktem, że Odwołujący nie skorzystał z uprawnienia nadanego mu przez ustawodawcę w postaci „procedury samooczyszczenia", czyli podjęcia próby wykazania Zamawiającemu jego rzetelności i środków służących zapobieganiu w przyszłości podobnym nieprawidłowościom, które mogą prowadzić do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne (a wręcz negował jego zasadność), Odwołujący podlegał wykluczeniu z przedmiotowego postępowania — na podstawie art. 131e ust. lb pkt 1 lit. cw związku z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp — jako Wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego — 4.042/20/PZO/WIB z dnia 28.08.2020 r., zawartej z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy w dniu 15.12.2020 r.

Ad. 2.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 131e ust. lb pkt 1 lit. c w związku z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię polegającą na dowolnym przyjęciu, że zaszły przesłanki ustalenia, że Wykonawca w istotnym stopniu nie wykonał lub nienależycie wykonał, z przyczyn leżących po jego stronie, Umowę nr 4.042/20/PZO/WIB z dnia 28.08.2020 r. co doprowadziło do rozwiązania umowy, Zamawiający podnosi, iż jest ona bezpodstawna.

1/ Jak wynika z pkt I uzasadnienia powyżej, oświadczenia o wykluczeniu oraz dokumentów złożonych do Prezesa KIO, przyczyną rozwiązania z Odwołującym umowy nr 4.043/20/PZO/WIB, było niewykonanie przez niego Etapu umowy w terminie wskazanym w § 2 ust. 1 pkt a umowy.

2/ Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający — Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie (dalej: RZI Lublin), jako jednostka sektora finansów publicznych podległa Ministrowi Obrony Narodowej realizuje zadania w zakresie infrastruktury wojskowej w związku z zabezpieczeniem działalności Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a zatem w zakresie obronności i bezpieczeństwa państwa. Z uwagi na wielkość i zakres stawianych przed RZI Lublin zadań inwestycyjnych, Zamawiający realizuje je w wieloetapowych procesach, począwszy od opracowywania koncepcji architektoniczno-urbanistycznych, programów inwestycji, koncepcji programowo-przestrzennych, poprzez opracowywanie dokumentacji projektowo-kosztorysowych aż do wykonania robót budowlanych w oparciu o odebrane dokumentacje, w zależności od aktualnych planów, potrzeb i wytycznych od wyższych dysponentów. Większość zadań inwestycyjnych Zamawiający realizuje jako zamówienia publiczne w trybach zapewniających zachowanie konkurencyjności, tj.: przetargach nieograniczonych i ograniczonych (dziedzina obronności i bezpieczeństwa), w przypadku, gdy wartość szacunkowa zadania przekracza wyrażoną w złotych wartość 30 tys. euro lub Publicznym Zaproszeniu do składania Ofert (dalej: PZO), zgodnie z Regulaminem udzielenia zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane w RZI Lublin. W postępowaniach tych każdy zainteresowany. Wykonawca może złożyć ofertę/wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i stać się uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z powyższych względów jakiekolwiek nierzetelne działanie Wykonawców realizujących dla Zamawiającego zadania, skutkujące powtarzającymi się opóźnieniami w realizacji umówionego przez strony celu, brak zaangażowania w proces realizacji objawiający się lekceważeniem postanowień umownych, w tym w szczególności w zakresie terminowości realizacji robót, ignorowaniem wezwań Zamawiającego, naraża RZI Lublin jako Inwestora na opóźnienia w realizacji powierzonych przedsięwzięć inwestycyjnych dla Państwa Polskiego mających znaczenie dla obronności i bezpieczeństwa kraju. Etapy prowadzonych zadań są ze sobą ściśle powiązane, zależą od siebie nawzajem i na siebie nawzajem wpływają poprzez specyfikę infrastruktury wojskowej, warunki bezpieczeństwa związane z przepisami prawa oraz normy obronne. Zatem, jeśli na etapie opracowywania koncepcji architektoniczno-

urbanistycznych, programów inwestycji czy koncepcji programowo-przestrzennych wystąpią opóźnienia, RZI w Lublinie nie będzie mogło rozpocząć dalszych procedur związanych z realizacją konkretnego zadania inwestycyjnego.

Ponadto Zamawiający jako jednostka wydatkująca środki publiczne w myśl przepisów ustawy o finansach publicznych, w swojej działalności winien stosować zasady nie tylko celowości, oszczędności i rzetelności, ale również zasadę gospodarności w zarządzaniu powierzonymi środkami finansowymi i przydzielonymi zadaniami. W związku z powyższym, uwzględniając przepis art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego, Zamawiający może, a nawet powinien wymagać od podmiotów gospodarczych realizujących zamówienia publiczne, które zleca, staranności surowszej od ogólnie wymaganej, podwyższonych standardów w zakresie kwalifikacji, wiedzy, doświadczenia zawodowego, znajomości przepisów prawa i następstw z niej wynikających, rzetelności, świadomości i zaangażowania, jednym słowem — profesjonalizmu na najwyższym poziomie. I w związku z tym za chybione Zamawiający uznaje jakiekolwiek, a tym bardziej nieuzasadnione i nieudokumentowane przyczyny czy argumenty podnoszone przez Wykonawców, w tym również przez Odwołującego, usiłujących tłumaczyć brak wpływu na decyzje instytucji zewnętrznych, opóźnienia w realizacji zobowiązań wynikających ze złożenia oświadczeń woli w postaci ofert oraz zaciągniętych zobowiązań w postaci zawartych umów, czyli niewykonania tychże zobowiązań z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego (brak nadzoru, zaniedbania ze strony Zamawiającego). W ocenie Zamawiającego przyczyny opóźnień w większości mają swoje źródło w podstawach zarzadzania, organizacji pracy i swobodnym podejściu do realizacji zamierzeń przez Wykonawców. Zamawiający poprzez jasno sformułowane postanowienia umowne, z którymi Wykonawcy zapoznać się mogą zawsze jeszcze przed złożeniem oferty/wniosku, określa swoje oczekiwania i warunki wykonywania zadań, które zleca, przy czym podkreślić należy, że zobowiązuje zawsze druga stronę do raportowania o stanie zaawansowania prac, niezwłocznego informowania o jakichkolwiek trudnościach, zdarzeniach mogących mieć wpływ na zagrożenie terminów realizacji etapów/zadań.

3/ Wskazał, że Odwołujący w ciągu ostatnich 3 lat realizował i realizuje na rzecz Zamawiającego zadania objęte następującymi umowami:

1 . Umowa nr ZP/PO/9WB/2018 z dnia 13.09.2018 r., zadanie 43014, 43015, 43016, 43021.
2.Umowa nr ZP/PO/44WEN/2018 z dnia 26.10.2018 r., zadanie 43387.
3.Umowa nr 5.049/19/PZO/WEN z dnia 07.11.2019 r., zadanie 43837.
4, Umowa nr 4.029/20/PZO/WIB z dnia 23.06.2020 r., zadanie 43261.
5.Umowa nr 4.031/20/ PZO/WIB z dnia 17.07.2020 r., zadanie 43237.
6.Umowa nr 4.042/20/ PZO/WIB z dnia 28.08.2020 r., zadanie 43100.
7.Umowa nr 4.049/20/ PZO/WIB z dnia 02.11.2020 r. - zadanie 43231.

W każdej z w/w umów Odwołujący pozostawał w opóźnieniu do terminów realizacji poszczególnych etapów. I tak:
Termin realizacji zadania nr 43014 — 31.03,2020 r.; Termin wykonania — 14.04.2020 r.
Termin realizacji zadania 43015 — 05.09.2019 r.; Termin wykonania —06.12.2019 r.
Termin realizacji zadania 43016 — 05.09.2019 r. ; Termin wykonania — 06.12.2019 r.
Termin realizacji zadania 43021 — 29.03.2019 r.; Termin wykonania — 29.08.2019 r.
Termin realizacji zadania 43837 — 13.11.2020 r.; Termin wykonania — 21.12.2020 r.
Termin wykonania Etapu I — 16.11.2020 r.; Termin wykonania Etapu I — 29.01.2021 r
Termin wykonania Etapu I — 30.10.2020 r.; Termin wykonania Etapu I — 26.11.2020 r.
Termin wykonania Etapu I — 16.11.2020 r.; Zamawiający odstąpił od tej umowy w dniu 15.12.2020 r.

Jedynie jedna z w/w umów, wskazana w pkt 2, została wykonana w terminie. Z realizacją pozostałych umów Odwołujący pozostawał w opóźnieniu, za co Zamawiający naliczył mu kary umowne, zgodnie z zapisami łączących go z Odwołującym umów (pisma: z dnia 20.12.2019 r., nr wych. 7192/19, z dnia 08.05.2020 r., nr wych. 2754/20, z dnia 17.12.2020 r., nr wych. 7834/20, z dnia 23.12.2020 r., nr wych. 7933/20, z dnia 29.12.2020 r., nr wych. 7981/20, z dnia 17.02.2021 r., nr wych. 1078/21).

Analiza działań Odwołującego oraz uporczywe niezachowywanie przez Odwołującego terminów realizacji zleconych mu prac, prowadzą do wniosku, iż Odwołujący podczas realizacji prac na rzecz Zamawiającego nie zachowywał należytej staranności nawet w stopniu podstawowym, mimo iż - jak zostało wskazane w pkt III. Ad. 2.2 uzasadnienia przy realizacji prac na rzecz Zamawiającego Odwołujący winien dochować staranności surowszej od ogólnie wymaganej, podwyższonych standardów w zakresie kwalifikacji, wiedzy, doświadczenia zawodowego, znajomości przepisów prawa i następstw z niej wynikających, rzetelności, świadomości i zaangażowania, jednym słowem — profesjonalizmu na najwyższym poziomie.

4/ Wykluczenie Odwołującego poprzedzone było nie tylko szczegółową analizą podstaw do wykluczenia, ale również dotychczasowych działań bądź zaniechań Odwołującego jako Wykonawcy realizującego inne prace na zlecenie Zamawiającego.

Analiza ta prowadzi do wniosku, że Odwołujący podczas realizacji prac na zlecenie Zamawiającego, uporczywie naruszał warunki umów, co do zachowania których sam się zobowiązał wypełniając i uzgadniając przed zawarciem poszczególnych umów z Zamawiającym Harmonogramy rzeczowo finansowe, stanowiące integralną część umów, jako podstawę realizacji rzeczowej zadania.

Odnosząc się stricte do realizacji zobowiązań wynikających z umowy nr 4.042/20/PZO/WIB, od której Zamawiający odstąpił i co w dalszej kolejności stanowiło podstawę do odrzucenia wniosku wykonawcy, Odwołujący na żadnym etapie prowadzonego postępowania i przed zawarciem umowy, nie kwestionował nierealności terminów wykonania zadania, a mimo to nie wykonywał zadania zgodnie z własnym zobowiązaniem (vide: harmonogram rzeczowo-finansowy). Odwołujący wykazywał również lekceważący stosunek do Zamawiającego, o czym świadczyć może brak terminowych odpowiedzi na pisma i przekazywanie Zamawiającemu zdawkowych informacji dotyczących realizacji ww. Umowy, m.in. planowanych terminów wykonania poszczególnych czynności, które nie przekładały się na rzeczywiste ich wykonanie. Świadczy to o braku zaangażowania ze strony Odwołującego w realizację Przedmiotu umowy oraz jest potwierdzeniem na nierzetelne wykonywanie powierzonych mu prac. Wielokrotne kierowane do Odwołującego wezwania do przedstawienia stanu zaawansowania prac lub dostarczenia opracowań do siedziby Zamawiającego miało na celu podjęcie kolejnych prób uzyskania należnego Zamawiającemu Przedmiotu umowy. Mimo to było przez Wykonawcę nagminnie ignorowane. Dodatkowo Odwołujący z przyczyn, których nie był w stanie lub nie chciał należycie/rzetelnie udokumentować oczekiwał od Zamawiającego wydłużenia mu terminów realizacji umowy, mimo iż nie było ku temu żadnych podstaw.

5/ Na marginesie wskazał, że podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż umowa nr 4.042/20/ PZO/WIB nie była umową o zamówienie publiczne, gdyż została zawarta w wyniku postępowania prowadzonego z wyłączeniem reżimu ustawowego (czemu Zamawiający stanowczo zaprzecza i co szczegółowo omówione zostało w pkt III

uzasadnienia), rodzi u Zamawiającego podejrzenie, że Odwołujący — w związku z tym, że w jego mniemaniu zawarł zobowiązanie wyłączone z reżimu ustawy Pzp - może lekceważyć cel i terminowość wykonania zobowiązania wobec Zamawiającego. Świadczyć o tym może nie tylko kwestionowanie samego zobowiązania, ale i zasadności oraz skuteczności odstąpienia Zamawiającego od tejże umowy, mimo iż Zamawiający złożył skutecznie oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

6/ Abstrahując od faktu, czy Odwołujący zgadzał się z decyzją Zamawiającego o odstąpieniu od umowy nr 4.026/20/ PZO/WIB, czy uznawał jej skuteczność oraz podstawy, nie zwalniało go to z obowiązku wypełnienia zgodnie z prawdą oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, posiadając wiedzę, iż odstąpił od umowy nr 4.026/20 PZO/WIB zawartej z Odwołującym, wobec niezgodnego z prawdą oświadczenia, wskazał Odwołującemu na możliwość skorzystania z dyspozycji art. 24 ust. 8 Pzp tj. tzw. „procedury samooczyszczenia" w związku z podleganiem wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp, wzywając Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub do złożenia wyjaśnień w sprawie dokumentów i oświadczeń, w tym przedmiotowego oświadczenia wstępnego, tj. wyjaśnienia nieścisłości tegoż oświadczenia w pkt 2, gdzie znajdują się oświadczenia dotyczące braku podstaw do wykluczenia z postępowania, m.in. w zakresie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego i rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Odwołujący nie skorzystał z uprawnienia nadanego mu przez ustawodawcę. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu swojego stanowiska w sprawie okoliczności, które doprowadziły do rozwiązania wcześniejszej umowy pomiędzy stronami, które Zamawiający mógłby wziąć pod uwagę badając zasadność wykluczenia Odwołującego z postępowania nr 4.026/20/ PZO/WIB tj.: kolejnego z zamówień publicznych, w których Odwołujący wziął udział i potencjalnie możliwe jest uzyskanie przez niego tegoż zamówienia. Ponadto Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów na wykazanie swojej rzetelności, jako podmiotu gospodarczego, zarówno realizującego, jak i ubiegającego się o kolejne zamówienie publiczne u Zamawiającego, w związku z utratą zaufania Zamawiającego do Odwołującego będącą skutkiem konieczności rozwiązania wcześniejszej umowy, czy też podjętych przez Odwołującego środków technicznych, organizacyjnych, kadrowych w celu zapobiegania okolicznościom mogącym narazić na niewykonanie lub nienależyte wykonanie innych zaciągniętych zobowiązań, w tym kolejnego zamówienia ogłoszonego przez Zamawiającego, o które Odwołujący się ubiega — w związku z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, który mówi, że: „Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli Zamawiający uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8".

IV. Podsumowanie

Szczegółowa analiza okoliczności niniejszej sprawy prowadzi do wniosku, iż działania Zamawiającego były prawidłowe i zgodne z przepisami ustawy Pzp. Wyłącznie przez zaniechanie po stronie Odwołującego, który — pomimo wskazania mu przez Zamawiającego możliwości skorzystania z tzw. procedury samooczyszczenia — nie skorzystał z przyznanych mu uprawnień, Zamawiający nie miał możliwości podjęcia innych działań niż wyłącznie zmierzających do wykluczenia Odwołującego. Ponownie należy podkreślić, że subiektywna ocena Odwołującego o skuteczności i prawidłowości złożonego przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, nie niweluje skutków złożonego oświadczenia woli o rozwiązaniu umowy i nie zwalnia Zamawiającego z konieczności zbadania przesłanek wykluczenia i dokonania tej czynności, jeśli przesłanki te wystąpiły w odniesieniu do konkretnego wykonawcy.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 15 lutego 2021 r. Izba zatem wydając wyrok w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

Zamawiający prawidłowo ustalił, że wnoszący odwołanie wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1b pkt 1) lit. c) w związku z art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 131e ust. 1b pkt 1) lit. c): *„1b. W postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zamawiający może wykluczyć wykonawcę*:

1)o którym mowa w art. 24: (…) c) ust. 5 (…)".

Z kolei w myśl wskazanego przez zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 4) ustawy Pzp:

„5. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę (…) 4) który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania".

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Pzp poprzez zamówienie publiczne należy rozumieć: *„umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane*".

Zatem stosownie do tej definicji za zamówienie publiczne na gruncie ustawy Pzp (co jest spójne, jak podnosił Zamawiający z definicją zamówienia publicznego zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych)) - należy uznać umowę, co do której łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki: 1) umowa zostanie zawarta między zamawiającym (w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp) a wykonawcą (w rozumieniu art. 2 pkt 1 1 ustawy Pzp); 2) przedmiotem umowy są usługi (w rozumieniu art. 2 pkt 10 ustawy Pzp), dostawy (w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy Pzp) lub roboty budowlane (w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy Pzp); 3) umowa ma charakter odpłatny.

Zamawiający - zgodnie z uzasadnieniem faktycznym decyzji z dnia 9 lutego 2021 r. - prawidłowo zakwalifikował umowę nr 4.042/20/PZO/WIB z dnia 28.08.2020 r., jako umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W odniesieniu do tej umowy nr 4.042/20/PZO/WIB z dnia 28.08.2020 r.zostały łącznie spełnione przesłanki wskazane w art. 1 pkt 13 ustawy Pzp, a mianowicie (tu: za Zamawiającym):

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie jest (…)*Zamawiającym w rozumieniu art. 2 pkt 12 w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. jako jednostka sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (jednostka organizacyjna podległa Ministrowi Obrony Narodowej) i jest obowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp*." Z kolei firma PROCAD B., S. Sp. j., (…)*jest Wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 1 1 ustawy Pzp jako podmiot, który ubiegał się*

o udzielenie zamówienia, złożył ofertę i zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego nr 4.042/20/PZONVIB w dniu 28.08.2020r. na usługę opracowania koncepcji programowo-przestrzennej oraz programu inwestycji wraz z uzyskaniem decyzji o lokalizacji celu publicznego dla zadania „Budowa stacjonarnej bazy magazynowej" w m, Nowa Dęba."

Przedmiotem umowy nr 4.042/20/PZO/WIB jest usługa do szczególnych celów wojskowych, (…) *polegająca na opracowaniu dokumentacji dla kompleksu obiektów składu środków bojowych, w tym amunicji i materiałów wybuchowych w ramach zadania inwestycyjnego „Budowa stacjonarnej bazy magazynowej" na terenie poligonu w m. Nowa Dęba — realizowana na podstawie Normy Obronnej NO-13-A247 2019. Amunicja i materiały wybuchowe. Zasady przechowywania w magazynach naziemnych. Umowa, o której mowa powyżej została zawarta w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego — zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*".

Umowa nr 4.042/20/ PZO/WIB miała charakter odpłatny, co wynika z § 3 ust. 1 przedmiotowej umowy, zgodnie z którym „*za należyte wykonanie całego Przedmiotu umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości: ogółem netto: 382 500,00 zł, ogółem brutto: 470 475,00 zł, stawka podatku VAT — 23%, zgodnie z przyjętą ofertą*".

Niewątpliwie przedmiot zamówienia, na podstawie art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a zatem z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp, został zakwalifikowany jako zamówienie publiczne o szczególnym charakterze, a mianowicie: w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa do których odnoszą się jako szczególne regulacje przepisy rozdziału 4a w Dziale III, w tym wskazany art. 131b ustawy Pzp.Zgodnie z tym przepisem „*Ustawy nie stosuje się do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8*", co oznacza, że tylko ta kwalifikacja - z uwagi wartość usługi (usługa stanowiąca przedmiot umowy nr 4.042/20/PZOIWIB o szacunkowej wartości netto 394 824,00 zł - pozwoliła na odstępstwo od reguł ogólnych przewidzianych ustawą Pzp.

Zamawiający – jak podał - przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia — w zakresie tego zamówienia z wyłączeniem ustawy Pzp na podstawie art. 131b, (…) *w trybie Publicznego Zaproszenia do składania Ofert (PZO), którego zasady określa Regulamin udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane w Rejonowym Zarządzie Infrastruktury w Lublinie, zatwierdzony przez Szefa Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie*".

Podkreślić należy, że wskazywany art. 2 pkt 13 Pzp nie uzależnia kwalifikacji umowy jako umowy w sprawie zamówienia publicznego od zastosowania procedur przewidzianych w tej ustawie.

Odnośnie drugiego zarzutu, (lit. b) (cyt.): „*dowolnym przyjęciu, że zaszły przesłanki ustalenia, że Wykonawca w istotnym stopniu nie wykonał lub nienależycie wykonał, z przyczyn leżących po jego stronie Umowę nr 4/042/20/PZO/WIB z dnia 28 sierpnia 2020 r., co doprowadziło do rozwiązania umowy*", Izba stwierdza, że także ten zarzut jest niezasadny.

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III.3.2) w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nr 570549558-N-2020 r. z dnia 21.12.2020 r. oraz w SIWZ (punkt XIV ppkt 1 tiret drugi)przewidział przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, wskazując m.in., że (…) *w oparciu o art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c) w związku z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp wykluczy z postępowania Wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z Zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, treść którego przywołał Zamawiający we wzorze Oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp stanowiącym wstępne potwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu z postępowania (część 2 wzoru oświadczenia dotycząca przesłanek wykluczenia z postępowania — pkt 2 ppkt 4) i stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ*."

Odwołujący w części 2 wskazanego Oświadczenia w pkt 2, oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. a, b i c (art. 24 ust. 5 pkt 1, 4 i 8) ustawy Pzp. W dalszej części oświadczenia podał, że nie rozwiązano z nim umowy ani nie zasądzono w stosunku do niego odszkodowania, z powodu, iż z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z Zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp.

Wobec oświadczenia wykonawcy i faktu rozwiązania w dniu 15.12.2020 r. umowy nr 4.042/20/PZO/WIB (odstąpienia) Zamawiający przed podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania, wezwał wykonawcę do złożenia uzupełnienia lub poprawienia oświadczenia lub do złożenia wyjaśnień w sprawie dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym m.in. oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu (nr sprawy 4.026/20/PO/WIB).

Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający wykluczając wykonawcę z przedmiotowego postępowania przyjął dowolnie przesłanki z przepisu art. 24 ust.5 pkt 4 Pzp. Wręcz przeciwnie – tak jak wynika z dokumentacji, w tym treści wezwania z dnia 27 stycznia 2021 r. Zamawiający wskazał - zdaniem Izby wykazując maksimum dobrej woli - na nieścisłości w złożonym oświadczeniu wstępnym w związku z odstąpieniem przez Zamawiającego od wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, czego konsekwencją może wykluczenie Wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. c w związku z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto wykluczenie Odwołującego poprzedzone było nie tylko szczegółową analizą podstaw do wykluczenia, ale również dotychczasowych działań bądź zaniechań Odwołującego jako wykonawcy realizującego inne prace na zlecenie Zamawiającego.

Zdaniem Izby w okolicznościach tej sprawy przesłanki określone przepisem („*w istotnym stopniu nie wykonał lub nienależycie wykonał, z przyczyn leżących po jego stronie")* w zakresie braku istotności niewykonania umowy nie zostały przez wykonawcę wykazane, a co do przyczyn leżących po stronie wykonawcy - nie zostały skutecznie zaprzeczone.

W przypadku tej umowy – jak podał Zamawiający - terminowa jej realizacja – „niezależnie od zobowiązań stron określonych w samej treści umowy, w tym w szczególności w zakresie zachowania terminów — była niewątpliwie istotna dla Zamawiającego z uwagi na konieczność niezwłocznej zmiany lokalizacji obecnego składu środków bojowych i przeniesienie jej poza teren kompleksu wojskowego. Zadanie to otrzymało status priorytetowy. Także jak wskazał Zamawiający (…) *Brak realizacji w terminie przedmiotowej umowy w jej I etapie uniemożliwił Zamawiającemu pozyskanie środków na sfinansowanie potrzeb i wymagań dla przedmiotowego zadania, co przekłada się jednocześnie na opóźnienie w realizacji innych, planowanych zadań inwestycyjnych*". Ponadto wykonawca (niewątpliwie wielokrotnie monitorowany przez upływem terminu o braku postępu w zaawansowaniu prac) nie wskazywał na obiektywne przeszkody, które uniemożliwiły mu jego dotrzymanie. Na marginesie Izba zauważa, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał na dotychczasową praktykę tego wykonawcy nie dotrzymywania (w odniesieniu do pięciu kontraktów) terminów realizacyjnych.

Niewątpliwie Izba, nie jest właściwa do oceny zasadności czy skuteczności złożonego przez Zamawiającego

oświadczenia o odstąpieniu od umowy nr 4.042/20/PZO/WIB, jednakże wykonawcy również niewątpliwie przysługiwało prawo do wystąpienia z powództwem do sądu powszechnego z roszczeniem o ocenę zasadności złożonego przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Na rozprawie Odwołujący złożenia takiego powództwa nie podnosił. Izba jednocześnie, podobnie jak Zamawiający wskazuje, że zastrzeżenia wykonawcy co do zasadności rozwiązania umowy lub nawet zaskarżenie tego odstąpienia, nie może wstrzymywać wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Tak: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 19 czerwca 2019 r. poprzez przywołanie art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE, wdrożonego na gruncie prawa polskiego przez art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, który powierza Zamawiającemu, a nie sądowi konieczność dokonania oceny w zakresie zasadności wykluczenia.

Mając powyższe na uwadze podnoszone w odwołaniu zarzuty art. 131e ust. 1b pkt 1 lit. e w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp nie są zasadne. Także nie jest zasadny zarzut ewentualny z art. 7 ust. 1 Pzp, albowiem Zamawiający dokonując wykluczenia Odwołującego z postępowania prawidłowo zastosował – w okolicznościach faktycznych sprawy – wskazany art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniała art. 575 nPzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

……