

WYROK
z dnia 23 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu przy ul. 3-go Maja 85 (37-500 Jarosław) oraz J. O. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Apis J. O. z siedzibą w Jarosławiu przy ul. Poniatowskiego 28 (37-500 Jarosław) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie z siedzibą w Krakowie przy ul. Reymonta 20 (30-059 Kraków)

przy udziale wykonawcy Flora Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie przy ul. Siwka 40 (31-588 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) z powodu uwzględnienia odwołania w przedmiotowym zakresie przez zamawiającego przy braku wniesienia sprzeciwu przez wykonawcę, który przystąpił po stronie zamawiającego.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu oraz J. O. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Apis J. O. z siedzibą w Jarosławiu i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:.....

Sygn. akt: KIO 1482/21

Uzasadnienie

Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami na wyłonienie *Wykonawcy robót budowlanych i nasadzeń zieleni w ramach projektu budżetu obywatelskiego pn.: „Młynówka Królewska-najdłuższy park w Polsce!”*, o numerze NP.26.2.11.21.UK, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 marca 2021 r., pod numerem 2021/BZP 00017847.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 17 maja 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu oraz J. O. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Apis J. O. z siedzibą w Jarosławiu (zwani dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego z dnia 12 maja 2021 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp, przez jego zastosowanie i błędne uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania ponieważ w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość w szczególności że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienia publiczne, oraz że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania ponieważ 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 przy realizacji zamówień publicznych tj.:

1. *Budowa ścieżki rowerowej na dz. Nr 755/1 w miejscowości Borek Szlachecki, Gmina Skawina* nr zamówienia ZP.271.26.IN.2019 umowa z dnia 8 sierpnia 2019 r. nr IN.271.4.22.2019,
2. *Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina* nr zamówienia ZP.271.43.IN.2019 w ramach którego to postępowania zawarła z Zamawiającym dwie umowy, a to: „Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska w Facimiechu wraz z infrastrukturą rekreacyjną” nr zamówienia ZP.271.4.1.IN.2019 (umowa nr IN.271.4.1.2020 z dnia 4 marca 2020 r.) oraz „Rozbudowę istniejącego placu zabaw w Grabiu” nr zamówienia ZP.271.43.IN.2019 (umowa nr IN.271.4.3.2020 z dnia 4 marca 2020 r.),
3. *Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania rewitalizacja obszarów wiejskich –rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu – dokończenie inwestycji* zamówienie ZP.271.52-3.IN.2020, podczas gdy okoliczności takie w ogóle nie miały miejsca, bowiem odstąpienie od dwóch umów przez zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2020 r. było pozbawione podstaw tak faktycznych jak i prawnych, a przez to było bezskuteczne, co stanowi przedmiot postępowania sądowego, konsekwentnie, wobec postawy zamawiającego i niemożności realizowania umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego, wykonawca Apis Polska Sp. z o.o. w dniu 24 sierpnia 2020r., skutecznie odstąpił od umowy nr IN.271.4.1.2020 z winy zamawiającego, wskazując również jako podstawę odstąpienia od umowy art. 649⁴ § 1 k.c., tj.

nieudzielenie przez zamawiającego gwarancji zapłaty za roboty budowlane, jak również wystąpienie przyczyn o których mowa w art. 15 ust. 2 lit. a umowy, a także wskazanych w art. 640 k.c., a co za tym idzie niewykonanie zadania przez wykonawcę nie nastąpiło w wyniku zamierzonego działania czy też rażącego niedbalstwa Wykonawcy, a wyłącznie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, który, co niedopuszczalne usiłuje wyciągnąć wobec wykonawcy negatywne konsekwencje z takiego działania, co więcej nie ma ku temu podstaw gdyż nie zostały wypełnione przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, a tym samym wobec odwołującego nie zachodzą podstawy wykluczenia określone w zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 12 maja 2021 r., również odstąpienie od umowy nr ZP.271.43.IN.2019 przez zamawiającego dnia 6 sierpnia 2020 r. z winy wykonawcy było pozbawione podstaw tak faktycznych jak i prawnych a przez to było bezskuteczne, bowiem wykonawca nie naruszył wymagań dotyczących zatrudnienia, o których mowa w § 9 ust. 1 lit. j Umowy, bowiem zgodnie z zapisami umowy, jak i SIWZ przez cały okres umowy zatrudniał odpowiednią liczbę pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności. a tym samym wobec odwołującego nie zachodziły podstawy do wykluczenia – a te i inne okoliczności wykluczenia Apis Polska sp. z o.o. okoliczności są obecnie przedmiotem postępowania ze skargi na wyrok KIO rozpoznawanej przez Sąd Okręgowy w Warszawie XIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych pod sygnaturą XIII Zs 46/21;

2) art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp, przez jego zastosowanie i błędne uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania ponieważ z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienia publiczne, oraz że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania ponieważ 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 przy realizacji zamówień publicznych tj.:

4. *Budowa otwartej strefy aktywności przy ul. Orkana w Rabce Zdrój*umowa nr SRG.272.221.2018 z dnia 1 sierpnia 2018 r.,

5. *Rozbudowa Parku Zdrojowego w Rabce Zdrój – zagospodarowanie bulwarów nad Poniczanką*umowy o roboty budowlane nr SRG.272.88.2018 z dnia 30 lipca 2018 r.,

6. *Budowa Wodnego Placu Zabaw w Parku Zdrojowym*umowę o wykonanie robót budowlanych z dnia 12 czerwca 2019 r., nr SRG.272.89.2019,

podczas gdy okoliczności takie nie miały miejsca, wykonawca zrealizował umowę nr SRG.272.221.2018 w sposób prawidłowy, jednak z powodu okoliczności nieleżących po stronie wykonawcy, termin realizacji robót uległ przedłużeniu, a to z uwagi na nieprzygotowanie terenu budowy przez zamawiającego, bowiem w terenie robót wystąpiły niezainwentaryzowane urządzenia obce, które uniemożliwiały kontynuowanie prac, takie jak m. in. słup gazowy oraz zawór znajdujący się w strefie nawierzchni bezpiecznej, a ich usunięcie i czynienie w związku z tym ustaleń z inwestorem wpływało na opóźnienie, na termin prowadzenia prac miały również wpływ warunki atmosferyczne, które utrudniały nie tylko prowadzenie robót budowlanych, ale także humusowanie i obsianie terenu trawą, podobnie jak przy realizacji umowy nr SRG.272.88.2018 prace nie zostały przez wykonawcę ukończone w terminie umówionym, jednak było to spowodowane okolicznościami, za które nie ponosi on jakiegokolwiek odpowiedzialności, wykonawca (jak już wskazywano zamawiającemu w informacji o czynności niezgodnej z przepisami Pzp z dnia 6 kwietnia 2021 r. przesłanej w postępowaniu przetargowego pn. „Rewaloryzacja Parku im. Wojciecha Bednarskiego”, znak sprawy: 105/2020) systematycznie prosił zamawiającego o zajęcie stanowiska co do różnych kwestii mających wpływ na terminowość wykonania prac, które nie powstały ani z jego winy, ani z jakiegokolwiek przyczyny leżącej po jego stronie, niestety wykonawca nie uzyskał odpowiedzi na 95% pism złożonych do Urzędu Gminy. Łącznie złożono 77 pism z prośbą o zajęcie stanowiska. W związku z potrzebą wykonania licznych prac dodatkowych nie znajdujących się ani w SIWZ- ani w dokumentacji projektowej, kosztorysie ofertowym czy w przedmiarach dostarczonych wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak chociażby: wykonanie drenażu typu francuskiego, wykonanie monitoringu, wydłużenia przepustu skrzynkowego o 12 m, zwiększenie nawierzchni bezpiecznej wokół ścianek wspinaczkowych, zwiększenie zakresu budowy kanalizacji sanitarnej o przyłączenie do istniejących budynków, zwiększenie zakresu budowy wodociągu o przyłączenie do istniejących budynków, dodatkowa regulacja wysokościowa studni kanalizacji sanitarnej, dodatkowe odwodnienie – wyłapanie wody z parku zdrojowego, dodatkowa kanalizacja – obejście kanalizacji kolidującej z oczkiem wodnym, termin realizacji zamówienia opóźniał się. Wszystkie te prace dodatkowe jednak zostały zatwierdzone w protokołach konieczności. Podstawy wykluczenia nie mogą stanowić również okoliczności towarzyszące realizacji prac w zakresie umowy, *Budowa Wodnego Placu Zabaw w Parku Zdrojowym* umowę o wykonanie robót budowlanych z dnia 12 czerwca 2019 r., nr SRG.272.89.2019 bowiem tu na niezawinione opóźnienie wpłynęły okoliczności leżące wyłączenie po stronie zamawiającego, takie jak brak akceptacji wniosków materiałowych ze względu na brak powołania odpowiednich inspektorów (nierozstrzygnięte zamówienia publiczne), brak dostarczenia przez zamawiającego receptury betonu, oczekiwanie na prawomocność decyzji o pozwoleniu na wycinkę drzew. Wykonawca nie mogąc doczekać się receptury betonu dostarczył zamawiającemu kosztorys zamienny na inny, tożsamy rodzaj betonu C25/30 W12. Wówczas też ujawniły się kolejne błędy projektowe, co skutkowało zmianą planu sytuacyjnego przebiegu drenażu, wykonawca przedłożył zamawiającemu kosztorys na roboty dodatkowe w tym zakresie. Należy wskazać, że każdy błąd projektowy który nie mógł być szybko wyjaśniony i skorygowany w trakcie prowadzenia prac (brak odpowiednich powołanych ku temu inspektorów) powodował opóźnianie prac za które wykonawca nie ponosił odpowiedzialności. Powyższe pisma spotkały się z brakiem reakcji inwestora i inne wskazane. W trakcie realizacji robót wyszła na jaw konieczność realizacji kolejnych robót dodatkowych takich jak rozbiórka chodnika, przeprojektowanie studzienki, instalacji monitoringu, kurtyny wodnej. Dokumentacja projektowa zawierała liczne błędy i nieścisłości (fontanna wir wodny, ruszt stalowy fontanny edukacyjnej, brak odwodnienia terenu). Z powyższych przyczyn aneksowano umowę zmieniając termin jej realizacji (o okolicznościach tych zamawiający miał wiedzę z informacji o czynności niezgodnej z przepisami Pzp z dnia 6 kwietnia 2021 r. przesłanej w postępowaniu postępowania przetargowego pn. „Rewaloryzacja Parku im. Wojciecha Bednarskiego”, znak sprawy: 105/2020);

3) art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp, przez jego zastosowanie i błędne uznanie, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania ponieważ 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 że zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, bowiem poprzez jego błędne zastosowanie, i uznanie, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie jest winny wykroczenia zawodowego, nie rozwiązano z nim umowy przed czasem i nie poniósł sankcji

związanych z realizacją dotychczasowych zobowiązań, a w konsekwencji wykluczenia wykonawcy, mimo iż w rzeczywistości wykonawca nie jest winny jakiegokolwiek wykroczenia zawodowego, nie rozwiązano z nim umowy przed czasem z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, nie powinien ponieść żadnych sankcji związanych z realizacją zobowiązań, a co za tym idzie, wykonawca nie wprowadził w tym zakresie zamawiającego w błąd, szczególnie, że złożył mu obszernie wyjaśnienia w tym zakresie w informacji o czynności niezgodnej z przepisami Pzp z dnia 6 kwietnia 2021 r. przesłanej w postępowaniu postępowania przetargowego pn. „Rewaloryzacja Parku im. Wojciecha Bednarskiego”, znak sprawy: 105/2020, a jeżeli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości – to na zasadzie art. 128 ust 4 Pzp winien wykonawcę wezwać do wyjaśnień w tym przedmiocie. Odwołujący nie wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i nie zostało dotychczas wykazane jakimkolwiek dokumentem ze strony zamawiającego, aby wykonawca dopuścił się naruszenia obowiązków zawodowych czy też nie wykonał lub nienależycie wykonał przedmiot zamówienia;

4) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp, przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty odwołującego;

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1. pkt 5, 7 i 8 Pzp, przez ich niewłaściwie zastosowanie, a co za tym idzie bezpodstawne odrzucenie oferty Wykonawcy, niepodlegającego wykluczeniu przy jednoczesnym bezpodstawnym zaniechaniu jego wyboru jako oferty najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu;

6) art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez niewskazanie w informacji o wyborze oferty żadnych okoliczności czy zarzutów na podstawie, których to zamawiający uznał iż wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego i dlaczego twierdzi, że nie wykonał lub nienależycie wykonał on przedmiot umowy.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający z naruszeniem przepisów Pzp bezpodstawnie wykluczył go z postępowania oraz odrzucił jego ofertę uniemożliwiając tym uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym odwołujący żądał:

- uwzględnienia odwołania;
- unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- dokonania czynności ponownej oceny oferty odwołującego;
- prowadzenia postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- a w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego;
- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że został poinformowany o wykluczeniu go jako wykonawcy i odrzuceniu oferty, bowiem – zdaniem zamawiającego – biorąc pod uwagę materiały zgromadzone w toku postępowania uznać należało, że spełnione zostały przesłanki wykluczenia wynikające z art 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8. Z takim stanowiskiem zamawiającego odwołujący nie zgodził się i wyjaśnił, że jako, że wykonawca nigdy w sposób zawiniony nie naruszył poważnie obowiązków zawodowych, by można było podważyć jego uczciwość w szczególności też nigdy nie miała miejsca sytuacja by wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienia publiczne, czy też by 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 w konsekwencji mogłoby doprowadzić do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady przy realizacji zamówień publicznych tak w zakresie:

1. *Budowa ścieżki rowerowej na dz. Nr 755/1 w miejscowości Borek Szlachecki, Gmina Skawina* nr zamówienia ZP.271.26.IN.2019 umowa z dnia 8 sierpnia 2019 r. nr IN.271.4.22.2019;
2. *Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina* nr zamówienia ZP.271.43.IN.2019 w ramach którego to postępowania zawarto z zamawiającym dwie umowy, a to: *Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska w Facimiechu wraz z infrastrukturą rekreacyjną* nr zamówienia ZP.271.4.1.IN.2019 (umowa nr IN.271.4.1.2020 z dnia 4 marca 2020 r.) oraz *Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu* nr zamówienia ZP.271.43.IN.2019 (umowa nr IN.271.4.3.2020 z dnia 4 marca 2020 r.);
3. *Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania rewitalizacja obszarów wiejskich – rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu – dokonanie inwestycji* zamówienie ZP.271.52-3.IN.2020;
4. *Budowa otwartej strefy aktywności przy ul. Orkana w Rabce Zdrój* umowa nr SRG.272.221.2018 z dnia 1 sierpnia 2018 r.;
5. *Rozbudowa Parku Zdrojowego w Rabce Zdrój – zagospodarowanie bulwarów nad Poniczanką* umowa o roboty budowlane nr SRG.272.88.2018 z dnia 30 lipca 2018;
6. *Budowa Wodnego Placu Zabaw w Parku Zdrojowym* umowa o wykonanie robót budowlanych z dnia 12 czerwca 2019 r., nr SRG.272.89.2019.

Ad. 1. W zakresie przedmiotowej pozycji odwołujący wyjaśnił, że przy realizacji umowy zawartej z Miastem i Gminą Skawina w dniu 8 sierpnia 2019 r. nr IN.271.4.22.2019, przedmiotem której była rozbudowa kompleksu sportowego wraz ze ścieżką rowerową w Borku Szlacheckim, a wartość kontraktu wynosiła 276 389,23 zł brutto, zadanie powyższe wykonał w całości, w umówionym terminie, które zostało odebrane bez jakichkolwiek uwag. Następnie odwołujący wskazał, że podwykonawca AX-BUD A. G. zatrudniona przez spółkę w celu wykonania części robót budowlanych, zgłoszona zamawiającemu, wyraziła pisemną zgodę na przesunięcie terminu płatności faktury nr 8/11/2019 z dnia 29 listopada 2019 r. na dzień 31 stycznia 2020 r. Zamawiający z wyprzedzeniem został poinformowany o powyższym fakcie, jednak pismem z dnia 4 lutego 2020 r. oświadczył, że nie akceptuje powyższej zmiany i zadeklarował naliczenie kary umownej w kwocie 5 000,00 zł za nieterminową płatność podwykonawcy, tj. kary o której mowa w § 16 ust. 2 lit. e umowy, którą to karę umowną potrącono z wynagrodzenia wykonawcy. Zamawiający nie miał podstaw by naliczyć karę umowną za nienależyte spełnienie świadczenia pieniężnego, nadto jakakolwiek nieterminowa płatność dla podwykonawcy nie miała miejsca, bowiem odroczenie terminu płatności odbyło się za zgodą obu stron umowy, a podwykonawca otrzymał wynagrodzenie w umówionym terminie. Spółka nie mogła zgodzić się z tak irracjonalną i bezprawną czynnością zamawiającego i wytoczyła powództwo o zapłatę kwoty 5 000,00 zł pozyskując Miasto i Gminę Skawina. Sprawa została zarejestrowana przez Sąd Rejonowy dla Krakowa – Śródmieście w Krakowie V Wydział Gospodarczy pod sygnaturą V GC 3544/20. Należy wskazać, że powyższe okoliczności nie uzasadniają naliczenia kary umownej w kwocie 5 000,00 zł, bowiem brak było ku temu podstaw, tak faktycznych jak i prawnych.

Z daleko idącej ostrożności odwołujący wskazał, że podobnie jak ma to miejsce obecnie, w przyszłości będzie terminowo wypłacał wynagrodzenia swoim podwykonawcom. W zakresie przedmiotowego zadania odwołujący przedstawił następujące dowody:

- fakturę nr 8/11/2019 z dnia 29 listopada 2019 r.;
- potwierdzenie zapłaty faktury;
- wiadomość mail wykonawcy z dnia 28 stycznia 2020 r.;
- oświadczenie podwykonawcy z dnia 27 stycznia 2020 r.;
- pismo zamawiającego z dnia 4 lutego 2020 r.;
- nota księgowa nr 2/IN/2020 z dnia 9 kwietnia 2020 r.;
- wezwanie do zapłaty z dnia 30 kwietnia 2020 r.;
- nakaz zapłaty z dnia 10 września 2020 r. sygn. akt VGNc 4242/20/S.

Ad. 2. W przypadku przedmiotowej inwestycji odwołujący potwierdził, że wykonywał dla Gminy Skawina kolejne dwie inwestycje w oparciu o umowę nr IN.271.4.1.2020 z dnia 4 marca 2020 r. (*Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska w Facimiechu wraz z infrastrukturą rekreacyjną*) oraz nr IN.271.4.3.2020 z dnia 4 marca 2020 r. (*Rozbudowa istniejącego placu w Grabiui*). Dalej wyjaśnił, że pismami z dnia 6 sierpnia 2020 r. zamawiający złożył wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od ww. umów, jako przyczynę rzekomego odstąpienia od umowy zamawiający wskazał niezatrudnianie przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę odpowiedniej liczby osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności. Zamawiający jednak nie poinformował Zarządu Zieleni Miejskiej w Krakowie, że wykonawca licznymi pismami zakwestionował odstąpienia od ww. umów uznając je jako bezzasadne, a nadto to wykonawca złożył zamawiającemu skuteczne oświadczenia o odstąpieniu od obydwóch umów ze względu na nieprzygotowanie terenu budów, błędną uniemożliwiającą realizację prac dokumentację budowlaną, braku wymaganej ustawą gwarancji zapłaty i innych wskazanych w piśmie. W toku realizacji prac w miejscowości Facimiech, w miesiącu lipcu 2020 r., wykonawca pisemnie poinformował zamawiającego o zaistnieniu istotnych rozbieżności pomiędzy opinią geologiczną wchodzącą w skład dokumentacji budowlanej, a dokumentacją geologiczną wykonaną przez wykonawcę, z której to nowej opinii wprost wynika, że warunki gruntowe są całkowicie rozbieżne i wykonawca nie jest w stanie realizować prac zgodnie z założonymi na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego technologiami. Wykonawca bowiem dostrzegł następujące problemy: brak rozpoznania geotechnicznego w miejscu zaprojektowanego zbiornika podziemnego w dokumentacji projektowej oraz poważne problemy w poruszaniu się po terenie budowy prowadzące do utopienia maszyn budowlanych. Ze względu na silnie nawodniony teren i napływającą wodę, należało na bieżąco wypompowywać nacieki, a samo prowadzenie prac budowlanych było silnie utrudnione, pracownicy wykonawcy grzęźli w błocie, a maszyny (nawet maszyny gąsiennicowe) zatapiają się, ich samodzielne poruszanie jest znacząco utrudnione. Ze sporządzonej opinii geotechnicznej jednoznacznie wynikało, że dokonane przez zamawiającego na etapie projektowania rozpoznanie geotechniczne nie objęło dużej części terenu i obiektów. Oceniono warunki gruntowe na złożone (a nie jak wskazano w opinii zamawiającego na proste). W celu kontynuowania prac konieczne musiało być osuszenie podłoża poprzez usunięcie błota i plastycznych gruntów, a następnie wykonanie stabilizacji podłoża. Niezbędne będzie również kotwienie zbiornika, co będzie stanowiło dodatkowe prace, nie ujęte projektem. Wskazano, że do ich wykonania wykonawca przystąpi po uzyskaniu zgody zamawiającego. Wykonawca dostrzegając możliwość nieuzyskania zapłaty za wykonane prace, zażądał od zamawiającego udzielenia gwarancji zapłaty. Zamawiający wówczas przedłożył wykonawcy dokumenty o nr G/031/20/92 oraz G/031/20/91, jednak nie stanowiły one gwarancji zapłaty, o których mowa w bezwzględnie obowiązującym art. 649¹ k.c. Istotą gwarancji zapłaty jest zabezpieczenie terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, a sama gwarancja winna być nieodwołalna i bezwarunkowa. Przedstawione gwarancje zapłaty chociaż są nieodwołalne, nie są bezwarunkowe, bowiem uzależniono wypłatę wynagrodzenia od przedłożenia bankowi szeregu dokumentów takich jak m. in. wymagalna faktura VAT czy potwierdzony przez właściwego inspektora nadzoru inwestorskiego zleceniodawcy częściowy bądź końcowy protokół odbioru robót wraz z obmiarem i kosztorysem powykonawczym, dokumenty dotyczące materiałów (...) czy oryginały oświadczeń beneficjenta (...). Jakkolwiek należy zgodzić się z możliwością uzależnienia wypłaty należności wykonawcy od przedstawienia bankowi określonych dokumentów, to nie mogą być to dokumenty, których uzyskanie jest zależne od decyzji inwestora. Kluczowe jest, że wykonawca nie może być już zobowiązany do przedstawienia protokołu odbioru robót, gdyż ten powinien być zawsze podpisany przez przedstawiciela inwestora, a to już znaczne ograniczenie zakresu ochrony wynagrodzenia wykonawcy, wynikającego z art. 649¹ i nast. k.c. Zamawiający nie współpracując z wykonawcą i nie starając się nawet rozwiązać zaistniałych podczas realizacji prac problemów, wynikających wyłącznie z zaniedbań i nieprawidłowości po stronie zamawiającego, powołując się na niemającą miejsca okoliczność, bez uprzedniego wezwania i nie mając takiego obowiązku a wyłącznie możliwość pismem z dnia 6 sierpnia 2020 r. dokonał odstąpienia od umowy. Wykonawca zakwestionował odstąpienie przez zamawiającego od umowy nr IN.271.4.1.2020. Należy przypomnieć, że jako przyczynę rzekomego odstąpienia od umowy zamawiający wskazał niezatrudnianie przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę odpowiedniej liczby osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności, a nie jak obecnie utrzymuje faktu ich nieangażowania na terenie budowy. Wykonawca jednak wykazał zamawiającemu, że zgodnie z zapisami umowy jak i SIWZ przez cały okres umowy zatrudniał odpowiednią liczbę pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności dedykowanych do realizacji inwestycji zgodnie z zakresem obowiązków poszczególnych pracowników. Wykonawca przypomniał zamawiającemu, że zgodnie z art. 15h ust. 1 pkt 2) ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych z dnia 2 marca 2020 r. *Z przyczyn związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, orzeczenie o niepełnosprawności albo orzeczenie o stopniu niepełnosprawności, wydane na czas określony na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, którego ważność upływa w terminie od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, zachowuje ważność do upływu 60 dnia od dnia odwołania stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, jednak nie dłużej niż do dnia wydania nowego orzeczenia o niepełnosprawności albo orzeczenia o stopniu niepełnosprawności*. Powyższe oznacza, że orzeczenia o niepełnosprawności pana W.P., które jak początkowo sądzono wygasły w okresie stanu epidemii koronawirusa Sars-Cov-2 wywołującego chorobę COVID-19 uległy automatycznemu przedłużeniu. W związku z powyższym nie zaistniały okoliczności wskazane przez zamawiającego jako podstawa odstąpienia od umowy. Zdaniem wykonawcy, zamawiający celowo szukał pretekstu do odstąpienia od umowy, bowiem wówczas jego intencją było całkowite zaniechanie realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 z dnia 4 marca 2020 r. pod nazwą *Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska w Facimiechu wraz z infrastrukturą rekreacyjną*, z przyczyn jednak w całości leżących po stronie zamawiającego, a to:

- wyjście na jaw poważnych błędów dokumentacji projektowej i geologicznej, za których prawdziwość zamawiający

ponosi odpowiedzialność;

- zaistnienia złożonych warunków geologicznych w miejsce przewidywanych prostych;

- konieczności poniesienia znacznych dodatkowych i nieprzewidywanych kosztów realizacji inwestycji oraz kosztów koniecznych robót dodatkowych, nieobjętych zamówieniem i umową;

- brak należytego przygotowania terenu budowy, co jest obowiązkiem inwestora;

- brak właściwych uzgodnień branżowych.

Ze względu na uporczywe naruszenia przez zamawiającego istotnych postanowień umownych i licznych naruszeń obowiązków zamawiającego uniemożliwiających wykonawcy prawidłowe realizowanie umowy, zgodnie z § 15 ust. 2 lut. a) umowy oraz art. 640 k.c. w zw. z art. 656 § 1 k.c. pismem z dnia 6 sierpnia 2020 r. wezwano zamawiającego do zaniechania naruszeń skutkujących brakiem możliwości realizacji umowy i w terminie 5 dni do:

- przedłożenia wykonawcy prawidłowego projektu budowlanego (jak wielokrotnie wskazywano, przygotowany przez zamawiającego projekt budowlany zawiera istotne rozbieżności pomiędzy opinią geologiczną wchodzącą w skład dokumentacji budowlanej, a dokumentacją geologiczną wykonaną przez wykonawcę, co uniemożliwia prowadzenie robót zgodnie z dokumentacją projektową, por. pismo Wykonawcy z dnia 30 lipca 2020 r., nr RP193808/07/2020/70);

- zaakceptowania i uwzględnienia do rozliczenia przez zamawiającego konieczności zrealizowania przez wykonawcę robót dodatkowych nieobjętych umową i zamówieniem, które są niezbędne do realizacji zadania, a to:

- a. Usunięcie błota i plastycznych gruntów,

- b. Wykonanie stabilizacji podłoża,

- c. Wymiana gruntów,

- d. Dodatkowe zabezpieczenie wykopów,

- e. Nie ujęte wykopy pod drenaż,

- f. Ułożenie geowłókniny,

- g. Zasypanie kruszywem,

- h. Mechaniczne zasypywanie rowów kablowych,

- i. Podwyższenie studni ze względu dostosowanie wysokości do projektowanej rzędnej terenu,

- j. Zaniechanie robót związanych z korytowaniem na poczet robót związanych z wykonaniem wykopu,

- k. Wykonanie zjazdu,

- l. Formowanie i zagęszczenie nasypów.

Wykonawca wskazał, że niezrealizowanie ww. prac dodatkowych uniemożliwia realizację prac zasadniczych, tymczasem zamawiający nie wypowiedział się co do stanowiska i żądań wykonawcy;

- podjęcia współdziałania z wykonawcą w zakresie realizacji prac;

- jednoznacznego wskazania na jakiej podstawie zamawiający twierdzi, że wykonawca rzekomo nie zatrudnia na podstawie umów o pracę odpowiedniej liczby osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności;

- przedłożenia prawidłowych gwarancji zapłaty za roboty budowlane pod rygorem odstąpienia przez wykonawcę od umowy z winy zamawiającego.

Następnie odwołujący wyjaśnił, iż jako, że zamawiający nie uwzględnił żądań wykonawcy co uniemożliwiało spółce Apis Polska Sp. z o.o. kontynuowanie robót budowlanych z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, w dniu 13 sierpnia 2020 r. wykonawca odstąpił od umowy nr IN.271.4.1.2020 z dnia 4 marca 2020 r. z wyłącznej winy zamawiającego. Ostatecznie strony rozliczyły wykonane prace.

W zakresie przedmiotowego zadania odwołujący przedstawił następujące dowody:

- umowa nr IN.271.4.1.2020 z dnia 4 marca 2020 r.;

- SIWZ;

- pismo wykonawcy z dnia 30 lipca 2020 r. dot. geologii placu budowy;

- pismo wykonawcy z dnia 3 sierpnia 2020 r. dot. gwarancji zapłaty;

- pismo wykonawcy z dnia 6 sierpnia 2020 r.;

- odstąpienie od umowy z dnia 13 sierpnia 2020 r.;

- pismo wykonawcy z dnia 17 sierpnia 2020 r.;

- pismo wykonawcy z dnia 19 sierpnia 2020 r.;

- pismo wykonawcy z dnia 1 września 2020 r.;

- pismo wykonawcy z dnia 13 października 2020 r.

W ocenie odwołującego analogiczny stan faktyczny dotyczył budowy w miejscowości Grabie. Pismem z dnia 6 sierpnia 2020 r. zamawiający odstąpił od umowy nr IN.271.4.3.2020 z dnia 4 marca 2020 r. z tożsamych przyczyn, tj. rzekomego niezatrudniania osób niepełnosprawnych w celu realizacji umowy. Pismem z dnia 13 sierpnia 2020 r. wykonawca zakwestionował w całości stanowisko zamawiającego dokładnie wyjaśniając, że w celu realizacji ww. budowy zatrudniano wymaganą liczbę osób z orzeczeniem o niepełnosprawności. W piśmie tym jednocześnie wezwano zamawiającego w określonym terminie do:

- przedłożenia wykonawcy prawidłowego projektu budowlanego w zakresie zagospodarowania urządzeń: Kolejka Tyrolka, Chatka, Równoważnia łamana;

- zaakceptowania przez zamawiającego materiałów dot. urządzeń zabawowych, małej architektury, urządzeń siłowni zewnętrznej oraz przekazania prawidłowego Projektu Budowlanego (procedura zatwierdzenia wniosków materiałowych rozpoczęła się 23 kwietnia 2020 r., zostało złożone 31 wniosków materiałowych na ww. urządzenia zaakceptowane są zaledwie 8 wniosków. Zdaniem wykonawcy było to spowodowane chęcią wprowadzenia przez zamawiającego konkretnych urządzeń danego producenta. Wykonawca również zwracał uwagę, że nieprawidłowo zaprojektowane są urządzenia Kolejka Tyrolka, Równoważnia łamana, Chatkanie mieszczą się w strefie bezpieczeństwa której zamawiający nie przewiduje zmieniać. Wykonawca proponując odpowiednie urządzenia w dalszym ciągu nie ma ich akceptacji);

- podjęcia współdziałania z wykonawcą w zakresie realizacji prac;

- jednoznacznego wskazania na jakiej podstawie zamawiający twierdzi, że wykonawca rzekomo nie zatrudnia na podstawie umów o pracę odpowiedniej liczby osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności;

- przedłożenia prawidłowych gwarancji zapłaty za roboty budowlane (por. pisma wykonawcy z dnia 19 czerwca 2020 r. i 5 sierpnia 2020 r.), pod rygorem odstąpienia przez wykonawcę od umowy z winy zamawiającego.

Ostatecznie wykonawca w dniu 24 sierpnia 2020 r. odstąpił od umowy nr IN.271.4.3.2020 z dnia 4 marca 2020 r. z wyłącznej winy zamawiającego, bowiem kontynuowanie robót było niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Miasta i Gminy Skawina. Zamawiający wypłacił wykonawcy wynagrodzenie za wykonane już roboty budowlane.

Kolejnymi pismami wykonawca wyjaśniał swoje stanowisko i odnosił się do zarzutów zamawiającego.

W zakresie przedmiotowego zadania odwołujący przedstawił następujące dowody:

- umowa nr IN.271.4.3.2020 z dnia 4 marca 2020 r.;
- SIWZ;
- pismo wykonawcy z dnia 13 sierpnia 2020 r.;
- pismo wykonawcy z dnia 17 sierpnia 2020 r.;
- pismo wykonawcy z dnia 18 sierpnia 2020 r.;
- odstąpienie od umowy z dnia 24 sierpnia 2020 r.;
- pismo wykonawcy z dnia 13 października 2020 r.

W dalszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w dniu 31 grudnia 2020 r. naliczył wykonawcy karę umowną w kwocie 150 000,00 zł tytułem odstąpienia od umowy nr IN.271.4.1.2020 z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, karę umowną w kwocie 70 000,00 zł tytułem odstąpienia od umowy nr IN.271.4.3.2020 z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz karę umowną w kwocie 20 000,00 zł tytułem rzekomego nieprzedłożenia projektu aneksu do umowy o podwykonawstwo. Wykonawca jednak wskazuje, że naliczone kary jako nie mające podstaw tak faktycznych jak i prawnych, traktowane są jako niebyłe. W kontekście projektu umowy wskazać dodatkowo należy, że taki projekt został zamawiającemu przedłożony dnia 22 lipca 2020 r., a zatem brak było również podstaw do naliczenia kary umownej w kwocie 20 000,00 zł. Podobnie jak Miasto i Gmina Skawina nie miała podstaw do naliczenia kar umownych za odstąpienie od umów, bowiem nie zaistniały przesłanki umożliwiające złożenie zamawiającemu skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umów.

Gdyby zamawiającemu faktycznie zależało na dochodzeniu ww. kar umownych, mógł dokonać ich potrącenia z wynagrodzeniem wykonawcy. Ponadto do tej pory zamawiający zgodnie z wiedzą wykonawcy już kilka miesięcy wstrzymuje się z dochodzeniem kar umownych na drodze sądowej, zapewne dlatego, że nie miał jakichkolwiek podstaw do ich naliczenia.

Dowody:

- oświadczenie o naliczeniu kar umownych oraz noty księgowe z dnia 31 grudnia 2020 r.;
- pismo wykonawcy z dnia 19 stycznia 2021 r.

Ponadto odwołujący stwierdził, że zamawiający Miasto i Gmina Skawina pismem z dnia 15 lutego 2021 r. zawiadomił Apis Polska Sp. z o.o. o wykluczeniu spółki z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o nr ZP.271.52-3.IN.2020 dot. wykonania robót budowlanych w ramach zadania „Rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina”, rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu, dokończenie rozpoczętej inwestycji, na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2) i 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, i uznał jego ofertę za odrzuconą. Zdaniem zamawiającego fakt, że rzekomo wykonawca nie zatrudnił wystarczającej liczby osób niepełnosprawnych, tj. nie spełnił wymagań dotyczących zatrudnienia, a w konsekwencji zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, ma stanowić wystarczającą przesłankę do wykluczenia wykonawcy (dowód: zawiadomienie od umów dot. inwestycji w Facimiechu i miejscowości Grabie – jak wynika z oświadczeń o odstąpieniu od umów – było rzekome niespełnianie wymagań dotyczących zatrudnienia, które winny być spełniane przez cały okres realizacji umowy. Jak wynikało z pism wykonawcy załączonych do odwołania, wykonawca spełniał przesłankę zatrudnienia odpowiedniej ilości niepełnosprawnych pracowników, a zarzuty zamawiającego i wskazana jako podstawa odstąpienia od umowy jak i w dokumencie wykluczenia wykonawcy zamawiający precyzował jako brak zatrudnienia odpowiedniej liczby osób niepełnosprawnych. Nigdy nie wzywano wykonawcy do wyjaśnienia ewentualnych rozbieżności co do osób niepełnosprawnych zatrudnionych przy realizacji umowy, nawet więcej pominięto milczeniem wyjaśnienia w tym zakresie. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie, powołując się na rzekome uwagi inspektora nadzoru wyartykułowane w jednostronnej notatce, bez podpisu przedstawiciela wykonawcy (mimo iż na innych notatkach taki podpis widnieje) zamawiający wywodzi, że pracownicy niepełnosprawni nie pracowali przy realizacji umowy, co jest nie miało miejsca, a jeżeli nawet to jest to okoliczność bezprzedmiotowa, bowiem w niniejszym postępowaniu należy badać wyłącznie przyczyny wykluczenia wskazane w dokumencie z dnia 15 lutego 2021 r., w którym nie zarzucano, by pracownicy niepełnosprawni nie pracowali przy realizacji umowy, a jedyne uwagi zamawiającego dotyczyły liczby zatrudnionych osób niepełnosprawnych. Odnosząc się jednak do zatrudniania osób niepełnosprawnych należy wskazać, że przy inwestycji w Facimiechu pracowała wymagana liczba pracowników niepełnosprawnych, a to pan M.O. – od dnia 4 marca 2020 r. do dnia 6 sierpnia 2020 r., tj. do odstąpienia od umowy. Zamawiający twierdzi, że pracował do 19 maja 2020 r., to jest nieprawda, przeczy temu dowód: ZUA z adnotacją księgową. Pan W.P. – od dnia 4 marca 2020 r. do dnia 6 sierpnia 2020 r., tj. odstąpienia od umowy; jego orzeczenie o niepełnosprawności uległo automatycznemu przedłużeniu. Wykonawca został przez zamawiającego wprowadzony w błąd – zamawiający informował wykonawcę, że orzeczenie o niepełnosprawności tego pracownika wygasło i należy zaktualizować dane. Wykonawca zastosował się do żądania zamawiającego. Pani J.S., pracownik Apis Polska SP. z o.o. pismem z dnia 7 lipca 2020 r. zaktualizowała informację wskazując dodatkowo pracownika pana M.O. na pana P.P., podczas gdy jej zamiarem było wskazanie pracownika pana W.P. na pana P.P. Jak się jednak okazało, zgodnie z art. 15 h ust. 1 pkt 2) ustawą o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (dz. u. 2020 r. poz. 374), Z przyczyn związanych z przeciwdziałaniem COVID-19, orzeczenie o niepełnosprawności albo orzeczenie o stopniu niepełnosprawności, wydane na czas określony na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, którego ważność: 2) upływa w terminie od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, zachowuje ważność do upływu 60 dnia od dnia odwołania stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii, jednak nie dłużej niż do dnia wydania nowego orzeczenia o niepełnosprawności albo orzeczenia o stopniu niepełnosprawności., a co za tym idzie, orzeczenie o niepełnosprawności pracownika przedłużyło się na kolejny okres. Jak się jednak okazało, żadna podmiana pracowników była niepotrzebna i zbędna, powstała tylko i wyłącznie wskutek wprowadzenia spółki w błąd przez zamawiającego. Od ww. spółka złożyła Gminie skuteczne uchylenie się od skutków prawnych oświadczenia woli wyrażonego pod wpływem błędu (por. pismo 13 sierpnia 2020 r.). Bezsprzecznie zatem na części 1 zadania wykonawca zapewnił wymaganą liczbę pracowników niepełnosprawnych.

Natomiast przy inwestycji w miejscowości Grabie pracowali pan J.D. – od dnia 4 marca 2020 r. do końca realizacji inwestycji, stosunek pracy tego pracownika ustał 30 listopada 2020 r., przez cały okres inwestycji był zatrudniony i

pracował w celu realizacji inwestycji. Pan G.B. pracował od dnia 4 marca 2020 r. do dnia 19 maja 2020 r., a następnie na jego miejscu pracował pan P.P. od 19 maja 2020 r. do 6 sierpnia 2020 r. Zatem błędne były twierdzenia Gminy, jakoby nie zatrudniano osób niepełnosprawnych w celu realizacji umowy. Zarówno w celu realizacji inwestycji w Grabiu jak i w Facimiechu pracowało po dwóch niepełnosprawnych. Zamawiający podnosi także okoliczność, że pracownicy niepełnosprawni nie pracowali na placu budowy, i to nie dlatego że roboty ziemne wykonywali podwykonawcy, ale dlatego, że ich zakres obowiązków ogranicza ich do prac na zakładzie produkcyjnym i przy czynnościach logistycznych, przy projektowaniu i rozrysowywaniu urządzeń do produkcji i inne. Po pierwsze, zamawiający dopuścił udział podwykonawców w realizacji robót budowlanych i zostali mu oni zgłoszeni, nie miał co do tego żadnych uwag, po wtóre, SIWZ i umowa nie precyzowały zakresu obowiązków które mieliby wykonywać owi niepełnosprawni pracownicy, nie zawierały też wymogu, że pracownicy muszą pracować na terenie placu budowy. Trudno bowiem wyobrazić sobie pracownika którego zakres obowiązków obejmowałby począwszy od projektowania na produkcję, prace przy linii produkującej urządzenia, roboty ziemne, logistykę transport i wykonawstwo w terenie przy orzeczonej niepełnosprawności. Pracownicy niepełnosprawni nie mogą wykonywać ciężkich robót ziemnych i przeznaczeni byli do projektowania urządzeń do produkcji, wyprodukowania urządzeń zabawowych, tj. obsługiwali sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia, logistycznie mieli zorganizować poszczególne zadania zakupy i transport związany z tą inwestycją, następnie mieli w terenie montować urządzenia zabawowe. Z przyczyn wskazanych powyżej, cała inwestycja przerosła zamawiającego, który chciał się z niej wycofać i szukał sposobu na rozwiązanie umów. Co więcej, w kontekście braku współpracy i roszczeniowej postawy zamawiającego, inspektor nadzoru odmawiała akceptacji kart technicznych urządzeń przedstawianych przez wykonawcę pomimo, że odpowiadały one projektowi, domagając się montażu urządzeń wskazanego producenta Larslaj, co nadmiernie wydłużało procedurę produkcji urządzeń.

Wobec powyższego nie sposób uznać, by to wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe. Stąd stanowisko zamawiającego jakoby wykonawca, wskutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał na rzecz zamawiającego dwóch zamówień publicznych jest w całości chybione. Zapewne środki dowodowe prezentowane przez zamawiającego Miasto i Gminę Skawinę stanowią jego pisma zawierające stanowisko Gminy Skawina. Trudno uznać by takie dowody były wystarczające do uznania, że wykonawca jawi się jako niewiarygodny partner. Natomiast stanowisko zamawiającego zostało skutecznie zakwestionowane przez wykonawcę w pisemnych odpowiedziach. Ustawodawca wprost precyzuje, że naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę ma mieć charakter zawiniony. Zamawiający jednak nie wykazał winy wykonawcy w zaistniałym wg niego zdarzeniu, tj. rzekomym niezatrudnieniu osób niepełnosprawnych zgodnie z umową. Powstałe nieporozumienie w związku z niecelową zmianą pracownika nie mogło stanowić skutecznej przyczyny odstąpienia, bowiem deklarowany pierwotnie pracownik, nadal zatrudniony i dedykowany do tego zadania owo orzeczenie nadal posiadał – co już wyjaśniano. Zamawiający również nie wykazał, że niewykonanie umów było zamierzonym działaniem spółki lub skutkami jej rażącego niedbalstwa.

Wykonawca zwraca uwagę na treść notatki ze spotkania wóldarza Gminy z przedstawicielami spółki Apis z dnia 6 sierpnia 2020 r. Wykonawca kilkakrotnie wyraził wolę kontynuowania umowy i zakończenia prac, bowiem przez cały okres realizacji umowy jak i w dacie spotkania spółka spełniała wszystkie warunki wynikające z umowy. Prezes spółki oczekiwał od zamawiającego rozwiązania zgłaszanych problemów na budowie. Prezes spółki nakłaniał również Gminę do dalszej realizacji prac i cofnięcia oświadczeń o odstąpieniu od umowy. Burmistrz ograniczył się do stwierdzenia, że nawet jeżeli istnieją dokumenty, które podważają oświadczenie o odstąpieniu od umowy, to stanowisko Gminy jest niezmiennie, i sprawę rozstrzygnie sąd. Zamawiający w ogóle nie dążył do wyjaśnienia ewentualnych rozbieżności czy niejasności względem zatrudnionych pracowników, przy odrobinie dobrej woli wykonawca wyjaśniłby wszelkie rzekome zastrzeżenia zamawiającego, nie dano mu jednak takiej szansy, zamawiający wyraźnie zastrzegł, że nie oczekuje żadnych dokumentów czy wyjaśnień, wykazując się daleko idącą złą wolą. Wykonawca już wtedy zauważył, że odstąpienie od umowy podyktowane jest brakiem chęci dokończenia robót budowlanych przez Gminę, a podany powód był tylko pretekstem do osiągnięcia celu Gminy, by nie odpowiadała za błędy projektowe i nieprzygotowanie terenu budowy. Celem Gminy było zatem ukrycie błędów inwestycji, tj. błędnego projektu i niekorzystnych warunków geologicznych, przerzucenie ciężaru na wykonawcę i odstąpienie od umów, co ma rzekomo powodować tzw. wybielenie się zamawiającego, bowiem w jego ocenie za wszystkie błędy inwestycji i za odstąpienie od umów ma być odpowiedzialny wykonawca. Od samego początku realizacji inwestycji, aż do dnia dzisiejszego, nie wiadomo z jakich powodów Gmina lekceważy wykonawcę, jest głucha na jakiekolwiek argumenty, czyni wszystko aby tylko zaszkodzić spółce, a obecnie jej działania uniemożliwiają spółce uzyskanie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Zdaniem wykonawcy, cała powyższa sytuacja miała również związek z rozwijającą się epidemią koronawirusa Sars-Cov-2 w Polsce, bowiem umowy zawarto w dniu wykrycia w Polsce pierwszego przypadku choroby, a później Gmina chciała wycofać się z zawartych umów. Z wiedzy wykonawcy wynika, że na początku pandemii liczni publiczni inwestorzy anulowali ogłaszanie nowych inwestycji i dążyli do rozwiązania bieżących umów w celu ograniczenia wydatkowania funduszy. Wówczas jeszcze nie wiadomo jak rozwine się epidemia. Istotne także jest, że odstąpienie od dwóch umów na podstawie wskazanej przyczyny było tylko fakultatywne, przesłanka wykluczenia podana przez zamawiającego jest również tylko fakultatywna, zamawiający nie miał obowiązku wykluczyć wykonawcy, który za najniższą cenę może wykonać inwestycję w Grabiu.

Dowody:

- odwołanie do KIO;
- informacja o czynności niezgodnej z przepisami Pzp z dnia 6 kwietnia 2021 r. przesłanej w postępowaniu postępowania przetargowego pn. „Rewaloryzacja Parku im. Wojciecha Bednarskiego”, znak sprawy: 105/2020;
- skarga do Sądu Okręgowego w Warszawie XIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień publicznych na wyrok KIO z dnia 23 marca 2021 r. sygn. akt KIO 551/21 z dnia 15 kwietnia 2021 r.;
- notatka ze spotkania z dnia 6 sierpnia 2020 r.

O fakcie, że pracownicy niepełnosprawni byli zatrudniani przez spółkę w celu realizacji inwestycji przez cały okres trwania umowy świadczą również dokumenty płacowe, a to m. in. potwierdzenia zapłaty pracownikom wynagrodzenia czy listy płac (część pracowników na własne życzenie otrzymywała wynagrodzenie w gotówce do rąk własnych).

Dowody:

- potwierdzenia przelewów wynagrodzenia dla pana G.B.;
- potwierdzenie zapłaty wynagrodzenia dla pana J.D.;
- lista płac za okres 1.04.2021 r. – 31.04.2021 r., 1.04.2020 r. – 30.04.2020 r., 1.05.2020 r. – 31.05.2020 r., 1.06.2020 r. – 30.06.2020 r., 1.07.2020 r. – 31.07.2020 r., 1.08.2020 r. – 31.08.2021 r.;
- potwierdzenie zapłaty wynagrodzenia pana M.O.;
- potwierdzenie przelewów wynagrodzenia pana W.P.;

- potwierdzenie zapłaty wynagrodzenia pana P.P.

Pomimo, że zdaniem odwołującego w ww. przypadku nie doszło do naruszenia postanowień umowy czy SIWZ, bowiem wykonawca przez cały okres realizacji inwestycji spełniał warunek zatrudnienia, aby w przyszłości nie dopuścić do sytuacji jaka miała miejsce w trakcie realizowania inwestycji w Facimiechu i Grabiu, wykonawca w celu wyeliminowania jakichkolwiek wątpliwości związanych z zatrudnieniem osób niepełnosprawnych w celu realizacji inwestycji będzie pisemnie zwracał się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści umowy czy SIWZ, również na etapie postępowania przetargowego. Wykonawca nie ma jednak bezpośredniego wpływu na irracjonalne decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Podsumowując powyższe rozważania, odwołujący stwierdził, że wykonawca przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu nie wprowadził zamawiającego w błąd. Informacje zaprezentowane przez Miasto i Gminę Skawina są jednostronne, w ogóle nie uwzględniają stanu faktycznego sprawy oraz stanowiska wykonawcy. Wszystkie czynności zamawiającego względem wykonawcy Apis Polska Sp. z o.o. takie jak naliczenie kary umownej w kwocie 5 000,00 zł (umowa ZP.271.26.IN.2019), odstąpienie od dwóch umów (dot. Facimiech i Grabie), wykluczenie wykonawcy z przetargu zostały przez wykonawcę skutecznie zakwestionowane w drodze powództwa cywilnego oraz odwołania do KIO. Powyższe oznacza, że zamawiający Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie nie może opierać się wyłącznie na informacji uzyskanej od innego zamawiającego, który pozostaje od wielu miesięcy w sporze z wykonawcą, wiadomym bowiem jest, że Miasto i Gmina Skawina będą celowo negatywnie wypowiadać się o spółce Apis Polska.

Ad. 3. W zakresie do przedmiotowej pozycji odwołujący wyjaśnił, że postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania rewitalizacja obszarów wiejskich – rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu – dokończenie inwestycji*, ZP.271.52-3.IN.2020, zamawiający dokonał bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy Apis Polska sp. z o.o. z postępowania, co wykonawca szeroko uzasadnił w skardze do Sądu Okręgowego w Warszawie XIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 15 kwietnia 2021 na wyrok KIO z dnia 23 marca 2021 r. sygn. akt KIO 551/21, którą przedłożył w załączeniu do odwołania. Jedynie zdawkowo odwołujący wskazał, że zamawiający błędnie przyjął, że odwołujący w trakcie realizacji robót budowlanych na podstawie umowy nr IN.271.4.1.2020 dotyczącej przebudowy i rozbudowy ogólnodostępnego boiska w Facimiechu wraz z infrastrukturą rekreacyjną oraz w trakcie realizacji robót budowlanych na podstawie umowy nr IN.271.4.3.2020 dotyczącej rozbudowy istniejącego placu zabaw w Grabiu nie spełnił warunków wynikających z § 9 ust. 1 lit. j) obydwóch umów, tj. nie zatrudnił w trakcie wykonywania przedmiotu umowy na podstawie umowy o pracę po dwie osoby niepełnosprawne wykonujące czynności podstawowe i pomocnicze w zakresie wszelkich robót budowlanych oraz osób obsługujących sprzęt wykorzystywany do realizacji zamówienia za wyjątkiem osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie oraz prowadzących indywidualną działalność gospodarczą, podczas gdy już z literalnego brzmienia § 9 ust. 1 lit. j) przedmiotowych umów nie wynika obowiązek wykonawcy zatrudniania osób niepełnosprawnych w celu realizacji umowy, a wyłącznie zatrudniania w trakcie wykonywania przedmiotu umowy na podstawie umów o pracę wskazanej liczby osób niepełnosprawnych, a co za tym idzie, nawet w przypadku błędnego przyjęcia, że odwołujący nie zatrudnił w celu realizacji ww. umów osób niepełnosprawnych, to odwołujący nie naruszył żadnego przepisu wiążących go umów, a w szczególności – zarzucanego przez zamawiającego i stanowiącego podstawę odstąpienia od umowy – § 9 ust. 4 umowy który zobowiązywał wykonawcę jedynie do *zatrudnienia w trakcie wykonywania przedmiotu umowy na podstawie umowy o pracę wskazanej liczby osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności (...) przez cały okres wykonywania umowy*, a zatem zamawiający nie miał podstaw tak faktycznych jak i prawnych do odstąpienia w dniu 6 sierpnia 2020 r. od ww. umów na podstawie § 15 ust. 1 lit. i) umów, bowiem nie zaistniała przesłanka to umożliwiająca, a co za tym idzie, brak było podstaw do uznania przez KIO, że wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe co podważa jego uczciwość w szczególności, czy że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu dwóch wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z zamawiającym, co doprowadziło do wadliwego i nieskutecznego – biorąc pod uwagę umowę, okoliczności sprawy i przepisy prawa – rozwiązania tych umów w drodze złożonych przez zamawiającego oświadczeń o odstąpieniu od umowy, a tym samym brak było podstaw do przyjęcia podstaw do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i oddalenia jego odwołania. Podobnie błędna była dokonana przez zamawiającego wykładnia postanowień SIWZ i uznanie, że na wykonawcy ciążył obowiązek zatrudniania na podstawie umowy o pracę po dwie osoby niepełnosprawne do realizacji każdej z ww. umów przez cały okres ich obowiązywania (który to obowiązek jednak nie wynikał z zawartych umów, bowiem zgodnie z § 9 ust. 4 umów wykonawca był zobowiązany do zatrudnienia w trakcie wykonywania przedmiotu umowy na podstawie umowy o pracę wskazanej liczby osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności (...) przez cały okres wykonywania umowy), podczas gdy w rzeczywistości zasady realizacji tego zobowiązania oraz zasady odpowiedzialności za jego niewykonanie miały zostać opisane we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ, jednak tak we wzorze umów jak i w zawartych finalnie przez strony umowach nie wynikał jakiegokolwiek obowiązek zatrudniania osób niepełnosprawnych do realizacji umowy czy wykonywania czynności podstawowych na budowie, skoro zgodnie z § 9 ust. 4 umów Wykonawca, jeżeli w ogóle, to miał obowiązek zatrudnienia w trakcie wykonywania przedmiotu umowy na podstawie umowy o pracę wskazanej liczby osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności (...) przez cały okres realizacji umowy, który to warunek bezwzględnie spełniono, co doprowadziło do błędnego ustalenia, że rzekome niezatrudnianie (bo temu również wykonawca zaprzecza) przez wykonawcę odpowiedniej liczby osób niepełnosprawnych w celu realizacji umów oznacza, że wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe co podważa jego uczciwość oraz z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał w istotnym stopniu dwóch wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z zamawiającym, a to mogło stanowić podstawę do rozwiązania tych umów w drodze złożonych przez zamawiającego oświadczeń o odstąpieniu od umowy, podczas gdy w rzeczywistości nie zaistniały przewidziane umową (co istotne fakultatywne) podstawy do odstąpienia, a w konsekwencji brak było tak podstaw do odstąpienia od obu umów jak i wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, samej oferty wykonawcy – w kontekście zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych czy też zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa – niespełniania przez i uznanie, że wykonawca dla części 2 zadania 8 – rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu przyjął dla potrzeb oceny oferty „kryterium aspekty społeczne” na siebie zobowiązanie realizacji przedmiotu umowy przy pomocy dwóch osób niepełnosprawnych, podczas gdy w rzeczywistości, jak wynika z treści oferty wykonawca nie oświadczył jednoznacznie, czy przyjmuje, czy nie przyjmuje ww. kryterium, bowiem nie wykreślił żadnego ze słów: *przyjmujemy / nie przyjmujemy*, a co za tym idzie, brak było podstaw do przyjęcia, że wykonawca był w ogóle zobowiązany do zatrudniania osób niepełnosprawnych w celu realizacji umowy dot. Grabie, co doprowadziło KIO do błędnego ustalenia, że rzekome niezatrudniania przez wykonawcę odpowiedniej liczby osób niepełnosprawnych w celu realizacji ww. umowy oznacza, że

wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe co podważa jego uczciwość oraz z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał w istotnym stopniu dwóch wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z zamawiającym, co doprowadziło do skutecznego rozwiązania tych umów w drodze złożonych przez zamawiającego oświadczeń o odstąpieniu od umowy, podczas gdy w rzeczywistości wykonawca spełnił wszystkie wynikające z umowy obowiązki a to w trakcie wykonywania przedmiotu umowy na podstawie umowy o pracę zatrudniał wskazaną liczbę osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności (...) przez cały okres realizacji umowy, a zatem brak było podstaw do jego wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podobna sytuacja miała miejsce przy realizacji zamówienia publicznego nr ZP.271.43.IN.2019 gdzie poprzez błędną wykładnię oferty wykonawcy i uznanie, że wykonawca dla części 1 - Zadanie 5, Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska wraz z infrastrukturą rekreacyjną w Facimiechu zobowiązał się do skierowania dwóch pracowników niepełnosprawnych do realizacji robót budowlanych w celu realizacji umowy w Facimiechu, podczas gdy w rzeczywistości wykonawca zobowiązał się do realizacji umowy przy pomocy dwóch osób niepełnosprawnych, zatrudnionych na podstawie umów o pracę, przez cały okres trwania zamówienia, który to warunek jako, że nie został przez zamawiającego w jakikolwiek sposób bardziej doprecyzowany w SIWZ, a tym bardziej w umowie która tylko w § 9 ust. 4 stanowiła o konieczności zatrudniania osób niepełnosprawnych przez wykonawcę, ale wprost, jakoby konieczne było ich zatrudnienie w celu realizacji umowy na placu budowy, został przez wykonawcę spełniony, bowiem umowę w Facimiechu realizowano przy pomocy pracowników niepełnosprawnych, a to pana M.O. i pana W.P.

Ad.4. Odnosnie przedmiotowej inwestycji odwołujący wskazał, że wiązała go z zamawiającym Gminą Rabka-Zdrój umowa nr SRG.272.221.2018 z dnia 1 sierpnia 2018 r. przedmiotem której była Budowa Otwartej Strefy Aktywności przy ul. Orkana w Rabce-Zdroju. Wartość prac wynosiła 146.187,87 zł brutto. Wykonawca wykonywał prace w sposób prawidłowy, jednak z powodu okoliczności nieleżących po stronie wykonawcy, termin realizacji robót uległ przedłużeniu, co wykorzystał zamawiający naliczając wykonawcy karę umowną za opóźnienie w kwocie 7.455,69 zł. W pierwszej kolejności odwołujący wskazuje, że teren budowy nie został w sposób prawidłowy przygotowany przez zamawiającego, bowiem w terenie robót wystąpiły niezainwentaryzowane urządzenia obce, które uniemożliwiały kontynuowanie prac, takie jak m. in. słup gazowy oraz zawór znajdujący się w strefie nawierzchni bezpiecznej, a ich usuwanie i czynienie w związku z tym ustaleń z inwestorem wpływało na opóźnienie. Na termin prowadzenia prac miały również wpływ warunki atmosferyczne, które utrudniały nie tylko prowadzenie robót budowlanych, ale także humusowanie i obsianie terenu trawą. Wykonawca zlecił swojemu powiązanemu kontrahentowi APFAFM Sp. z o.o. wyprodukowanie urządzeń małej architektury dedykowanej do ww. inwestycji. Niespodziewanie jednak doszło do awarii śrubowego agregatu sprężarkowego dostarczającego sprężone powietrze do większości urządzeń linii produkcyjnej oraz awarią maszyny do śrutowania oraz pieca do malowania proszkowego partnera biznesowego wykonawcy – spółki APFARM, wraz z którą wnioskodawca pozostawał w stałych stosunkach gospodarczych i biznesowych. Kluczowe jednak jest, że po zgłoszeniu usterki okazało się, że niezbędna będzie wymiana części, które musiały być sprowadzone na specjalne zamówienie z zagranicy, która to naprawa urządzeń mimo natychmiastowej reakcji i podjętych prób naprawy przedłużała się. Po uporaniu się z usterkami, produkcja urządzeń została wznowiona, lecz dostarczono je z opóźnieniem. W niniejszej sprawie istotna jest również okoliczność, że Apis Polska Sp. z o.o. pozostawała wówczas z APFARM Sp. z o.o. w stałych stosunkach gospodarczych, regularnie zlecając do produkcji metalowe urządzenia fitness. APFARM Sp. z o.o. produkując przez wiele lat urządzenia dla Apis Polska Sp. z o.o. znał ich dokładne specyfikacje techniczne, rozmiary, kształty itp. co pozwalało na ich sprawną i szybką produkcję. Ponadto APFARM dysponuje nowoczesnym piecem do malowania proszkowego i cynkowania, co wpływa na trwałość urządzeń. Jest to kluczowe szczególnie ze względu na udzielane przez wykonawcę gwarancje na urządzenia fitness, która wynosi w niektórych przypadkach nawet 10 lat. Z przyczyn wskazanych powyżej wykonawca nie mógł w tak krótkim terminie znaleźć innego wykonawcy, który wykonałby specyficzne urządzenia fitness, zgodnie z przedstawionymi kartami technicznymi – a więc na indywidualne zamówienie. W kontekście niniejszego stanu faktycznego istotne także jest, że dnia 1 lutego 2019 r. nastąpiło połączenie spółek APFARM i Apis, poprzez przejęcie spółki APFARM Sp. z o.o. (spółka przejmowana) przez spółkę Apis Polska Sp. z o.o. (spółka przejmująca), dlatego wszelkie problemy produkcyjne APFARM tuż przed połączeniem spółek w sposób bezpośredni dotyczyły także wykonawcy. O powyższych okolicznościach uczestnik został poinformowany tak ustnie w wyniku licznych rozmów telefonicznych, jak i pismem z dnia 28 grudnia 2018 r. Pomimo wszelkich niesprzyjających okoliczności, roboty zostały oddane przez wykonawcę w dniu 12 grudnia 2018 r., które ostatecznie zostały odebrane przez zamawiającego. Należy podkreślić, że nie istnieje nieograniczona odpowiedzialność odszkodowawcza spółki za działania podwykonawcy. Apis Polska Sp. z o.o. zamawiał od APFARM Sp. z o.o. od wielu lat urządzenia fitness czy urządzenia zabawowe, i tak wielki przestój produkcyjny nigdy nie miał miejsca, był on tylko i wyłącznie skutkiem nieprzewidzianej i niemożliwej do zapobieżenia awarii. Fakt wystąpienia awarii oraz naprawiania urządzeń został udokumentowany fakturą nr 1/09/2018. Podobna sytuacja dotyczyła architektury betonowej, pomimo zapewnień terminowej dostawy, pomimo wielu lat należytej współpracy producenci wyrobów betonowych borykali się z nieprzewidywanymi opóźnieniami, którym nie mogli zapobiec. Zasadą jest, że odpowiedzialność za szkodę dotyczy tylko normalnych następstw swojego działania. Wykonawca korzystając z usług doświadczonych i wieloletnich partnerów nie mógł przewidzieć (podobnie jak sami kontrahenci) zaistnienia opóźnień. Dlatego wykonawca nie ponosi winy zarówno w wyborze kontrahentów, jak i zaistniałym opóźnieniu.

Odwołujący podkreślił, że z odpowiednim wyprzedzeniem wykonawca złożył u swojego dostawcy zamówienie na architekturę betonową. Po upływie ustalonego terminu wykonawca skontaktował się z kontrahentem celem wyjaśnienia przyczyn opóźnienia w dostarczeniu stołów. Okazało się, że umówiony termin ich dostawy, tj. do połowy września 2018 r. nie został dochowany ze względu na olbrzymie zainteresowanie urządzeniami betonowymi w 2018 roku, i chwilowy brak ich dostępności, co bezpośrednio wpłynęło na zaistniałe wobec Gminy opóźnienie. Z informacji posiadanych przez wykonawcę, a także przekazanych przez kontrahenta wynika, że w 2018 r. rozpoczęto realizację projektów OSA (tzw. *Otwarte Strefy Aktywności, program realizowany przez Ministerstwo Sportu i Turystyki*), a minimalny zakres rzeczowy projektu wymaga, by każda strefa aktywności posiadała plenerowy stół do gry w szachy lub inne plenerowe urządzenie do gry: warcaby, stół do gry w ping-ponga. Jako, że producenci takich wyrobów betonowych w Polsce jest niewielu, logicznym jest, że zaistniały opóźnienia, czego w momencie przystępowania do przetargu nie można było przewidzieć, szczególnie, że ze strony dostawcy nie było żadnych sygnałów o możliwych kłopotach z dostawą. Nie sposób zarzucić także wykonawcy niestaranności w wyborze dostawcy wyrobów betonowych, skoro przez wiele lat współpraca firm układała się pomyślnie, a jakiegokolwiek opóźnienia nie miały miejsca.

Dowody:

- pismo wykonawcy z dnia 12 października 2018 r.;
- pismo wykonawcy z dnia 12 grudnia 2018 r.;

- pismo wykonawcy z dnia 28 grudnia 2018 r.;
- faktura VAT nr FA/105/12/2018 z dnia 31 grudnia 2018 r.;
- pismo kontrahenta APRAFM Sp. z o.o. z dnia 6 września 2018 r.;
- faktura nr 1/09/2018 z dnia 1 września 2019 r.;
- wydruk strony internetowej: , Otwarte-Strefy-Aktywnosci-OSA-minimalny-zakres-rzeczowy.html

Pomimo powyższych okoliczności, a to faktu, że opóźnienie nie było zawinione przez wykonawcę, zamawiający naliczył i potrącił kary umowne. Zdaniem wykonawcy naliczenie kary było bezpodstawne i rozważano możliwość ich dochodzenia na drodze sądowej. Ale z kolei należy zauważyć, że wówczas realizowano już inwestycję dla Gminy Rabka-Zdrój – Zagospodarowanie Bulwarów nad Poniczanką, które to zadanie opiewało na kwotę 7.591.517,58 zł brutto. Wykonawca ze względu na dobro współpracy i realizowanie dużej inwestycji w trakcie której wymagane było współdziałanie stron odstąpił od dochodzenia swojego roszczenia tak, by pozostać w zgodzie z zamawiającym. W tej inwestycji ze względu na zmianę siedziby spółki z ulicy Kolaniki 19 na 3-go Maja 85 w Jarosławiu wykonawca nie był w stanie odtworzyć większej ilości dokumentów uzasadniających wskazane powyżej twierdzenia. Jako, że opóźnienie było całkowicie niezależne i niezawinione, bowiem powstało z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, wykonawca nie miał możliwości mu zapobiec. Realia procesów budowlanych nie pozwalają z góry przewidzieć wszystkich możliwych przeszkód pojawiających się w trakcie prowadzenia prac, i w takich sytuacjach wymagane jest współdziałanie obu stron procesu budowlanego w celu sprawnego prowadzenia prac.

Ad. 5. W przypadku przedmiotowego zadania odwołujący stwierdził, że wykonywał dla Gminy Rabka-Zdrój inwestycję pn. „Rozbudowa Parku Zdrojowego w Rabce-Zdroju –zagospodarowanie bulwarów nad Poniczanką” na podstawie umowy o roboty budowlane nr SRG.272.88.2018 z dnia 30 lipca 2018 r. Termin zakończenia prac przewidziano na dzień 29 marca 2019 r., pierwotnie wartość umowy wynosiła 7.591.517,58 zł brutto. Dalej odwołujący wyjaśnił, że prace nie zostały przez wykonawcę ukończone w terminie umówionym, jednak było to spowodowane okolicznościami za które nie może ponosić jakiegokolwiek odpowiedzialności, które to okoliczności były całkowicie niezależne od wykonawcy. Zamawiający Gmina Rabka-Zdrój pomimo tego obciążyła wykonawcę karą umowną w kwocie 285.473,52 zł, i potrąciła ją z faktury VAT nr FA/3/10/2019. Wykonawca kilkunastokrotnie, jeszcze w trakcie trwania inwestycji wskazywał zamawiającemu, że nie ponosi jakiegokolwiek odpowiedzialności za uchybienie terminowi realizacji umowy. Wykonawca systematycznie prosił zamawiającego o zajęcie stanowiska co do różnych kwestii mających wpływ na terminowość wykonania prac, które nie powstały ani z jego winy, ani z jakiegokolwiek przyczyny leżącej po jego stronie, niestety wykonawca nie uzyskał odpowiedzi na 95% pism złożonych do Urzędu Gminy. Łącznie złożono 77 pism z prośbą o zajęcie stanowiska.

W związku z potrzebą wykonania licznych prac dodatkowych nie znajdujących się ani w SIWZ ani w dokumentacji projektowej, kosztorysie ofertowym czy w przedmiarach dostarczonych wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak chociażby: wykonanie drenażu typu francuskiego, wykonanie monitoringu, wydłużenia przepustu skrzynkowego o 12 m, zwiększenie nawierzchni bezpiecznej wokół ścianek wspinaczkowych, zwiększenie zakresu budowy kanalizacji sanitarnej o przyłączenie do istniejących budynków, zwiększenie zakresu budowy wodociągu o przyłączenie do istniejących budynków, dodatkowa regulacja wysokościowa studni kanalizacji sanitarnej, dodatkowe odwodnienie – wylapanie wody z parku zdrojowego, dodatkowa kanalizacja – obejście kanalizacji kolidującej z oczkiem wodnym, termin realizacji zamówienia opóźnił się. Wszystkie te prace dodatkowe jednak zostały zatwierdzone w protokołach konieczności (dowody protokoły konieczności nr 1-6). W dniu 7 czerwca 2019 r. wykonawca zgłosił kolejne prace dodatkowe, które nie były objęte umową, a zaistniała konieczność ich wykonania (dowód: pismo z dnia 7 czerwca 2019r. nr P/18220/06/2019/64). Ponadto wykonawca pismem nr P/18220/07/2019/69 z dnia 24 lipca 2019 r. zgłaszał potrzebę zapewnienia przez zamawiającego stałej energii elektrycznej, niezbędnej do przeprowadzenia prób związanych z technologią wody. Brak możliwości wyregulowania urządzeń i dokonania pomiarów na bieżąco przyczyniał się do wydłużania w czasie robót chociażby takich jak prace wykończeniowe na wodospadzie wysokim. Przy kształtowaniu formy wodospadu konieczne było ciągle uruchamianie wody w celu kontroli równomiernego rozlewania się wody całą szerokością wodospadu poprzez odpowiednie ukształtowanie skał, co miało niebagatelny wpływ na osiągnięcie właściwego efektu końcowego a tym samym czasu realizacji umowy. Dodatkowo próby ustawiania urządzeń wodnych na prądzie tymczasowym powodowały problemy takie jak przepalenie silnika pompy tłocznej, co naraziło wykonawcę na ponoszenie dodatkowych, nieplanowanych kosztów na danej inwestycji. Podsumowując, realizacja prac na wodospadzie wysokim przedłużyła się o 12 dni z czego 8 dni zostało spowodowane brakiem energii elektrycznej. Dodatkowo zamawiający ciągle zmieniał ukształtowanie kamieni oraz ich kolorystykę (dowód: pismo z dnia 24 lipca 2019r. nr P/18220/07/2019/69).

Wykonawca w pismem nr P/18220/07/2019/73 z dnia 18 września 2019 r. podkreślał problem związany z błędnie opracowaną dokumentacją techniczną. Powstanie poważnych błędów było skutkiem błędnej inwentaryzacji istniejącego terenu, drzewostanu, braku inwentaryzacji istniejących sieci oraz elementów stopni rzecznych, co w rezultacie powodowało ciągłe zmiany sytuacyjno-wysokościowe rozwiązań projektowych, przyczyniając się tym samym do ciągłych opóźnień, oraz generowania dodatkowych, nieprzewidzianych kosztów, a w rezultacie brak możliwości dotrzymania terminu końcowego. Po naniesieniu inwentaryzacji powykonawczej na pierwotną planszę sytuacyjno-wysokościową z załączoną przez zamawiającego dokumentacją techniczną, okazuje się, iż zmianie uległo przeszło 80% elementów przedstawionych w dokumentacji, na poczet czego wykonawca opracował i przekazał zamawiającemu specjalną mapę z naniesionymi zmianami. Jako, że zmiany były istotne, wykonawca z przyczyn nie leżących po jego stronie zmuszony był do bieżącego rozwiązywania konkretnych problemów wynikłych ze zmian, aż do ostatniego dnia realizacji prac (dowód: pismo z dnia 18 września 2019 r. nr P/18220/07/2019/73).

Prace dodatkowe zlecone wykonawcy w aneksie nr 5, 6, 7 opiewały łącznie na kwotę 330.292,48 zł netto. Decyzje dotyczące danych prac oficjalnie podjęto dopiero w terminie 1,5 miesiąca przed terminem zakończenia budowy. Najbardziej problematyczne były prace dodatkowe w zakresie wykonania kładek, a to ze względu na odległy, bo 3 tygodniowy termin oczekiwania na elementy nośne konstrukcji prześel. Konsekwentnie ze względu na brak możliwości jakiegokolwiek dojazdu od strony terenu budowy, ciągi piesze mogły zostać wykonane po zakończeniu prac montażowych na kładkach. Tak późna decyzja zamawiającego determinowała termin rozpoczęcia prac dodatkowych, co automatycznie wpływało na termin realizacji prac podstawowych, jako że w związku z decyzją o rozbiórce prace przedłużyły się o 5 dni roboczych. Pomimo podjęcia przez wykonawcę najwyższych starań w celu jak najszybszego zakończenia wszelkich robót w możliwie najkrótszym terminie, ze względu na konieczność wykonywania robót dodatkowych zleconych przez zamawiającego nie było to możliwe, o czym zamawiający powziął wiedzę tak przy zleceniu robót, jak i z kolejnych pism wykonawcy. W celu unaocznienia skali problemu dotyczącego opóźnień w podjęciu poszczególnych decyzji przez zamawiającego dotyczących prowadzonej budowy, wykonawca w piśmie z dnia 22 października 2019 r. nr P/18220/10/2019/81 w tabeli sporządził zestawienie przedstawiające terminy w których

podejmowano kluczowe decyzje na budowie.

Dowody:

- pismo z dnia 31 maja 2019 r. nr P/18220/05/2019/62;
- pismo z dnia 22 października 2019 r. nr P/18220/10/2019/81;
- aneks nr 5 z dnia 29 marca 2019 r.;
- aneks nr 6 z dnia 29 maja 2019 r.;
- aneks nr 7 z dnia 17 czerwca 2019 r.

W trakcie trwania robót końcowych, tuż przed zgłoszeniem gotowości do odbioru robót, jak i w trakcie trwania czynności odbiorowych, zamawiający nadal zlecał wykonawcy wykonanie robót dodatkowych, które nie były ujęte w dokumentacji projektowej, SIWZ czy umowie. W sposób naturalny konieczność wykonywania ww. prac wpływała na zaistnienie opóźnień, a także wpływało na terminowość realizowania prac głównych, jak i terminowość odbioru robót.

Wartość prac dodatkowych zleczanych wykonawcy w czasie trwania kontraktu oraz procedury odbiorowej, która nie została rozliczona, opiewa na kwotę, aż 438.638,13 zł netto, na którą to kwotę wykonawca przedstawił szczegółowe i rzeczowe rozliczenie w piśmie nr P/18220/07/2019/77 z dnia 14 października 2019 r.

Dowody:

- SIWZ;
- umowa nr SRG.272.88.2018 z dnia 30 lipca 2019 r.;
- pismo nr P/18220/07/2019/77 z dnia 14 października 2019 r.

Co więcej wnioskodawca informował uczestnika o występujących w maju 2019 r. silnych opadach deszczu, które uniemożliwiały postęp prac.

Dowody:

- pismo z dnia 14 maja 2019r. nr P/18220/05/2019/59;
- pismo z dnia 22 maja 2019r. nr P/18220/05/2019/60;
- pismo z dnia 30 maja 2019r. nr P/18220/05/2019/61.

O tym, że wskazana wyżej argumentacja jest zasadna świadczy również fakt, że wykonawca zawezwał zamawiającego do próby ugodowej i strony przed Sądem Rejonowym w Nowym Sączu V Wydziałem Gospodarczym dnia 9 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. V GCo 232/19 zawarły ugodę, mocą której Gmina Rabka-Zdrój zapłaciła wykonawcy brakujące wynagrodzenie w kwocie 240 000,00 zł. Zdaniem wykonawcy, Gmina Rabka-Zdrój winna zapłacić należność główną w całości, jednak spółka nie miała zamiaru włożyć się w długotrwały i kosztowny proces budowlany, zadowolając się wygraną (w ramach ugody) kwotą obejmującą około 85% dochodzonego roszczenia. W tym czasie wykonawca wykonywał już kolejną umowę o roboty budowlane dla zamawiającego (o czym niżej), dlatego odstąpiono od dochodzenia pozostałej należności również ze względu na dobro wzajemnej współpracy (dowód: protokół z dnia 9.01.2020 r., sygn. V GCo 232/19).

Wykonawca nie miał jakiegokolwiek możliwości uniknięcia niezawinionego opóźnienia, ponieważ przyczyny opóźnienia były od niego całkowicie niezależne. Gdyby nie konieczność realizacji licznych robót dodatkowych, oczekiwania na wiążące decyzje zamawiającego, brak energii elektrycznej wykonawca ukończyłby prace w umówionym terminie.

Ad. 6. W zakresie ostatniej z wymienionych powyżej inwestycji odwołujący potwierdził, że zawarł z zamawiającym Gminą Rabka-Zdrój umowę o wykonanie robót budowlanych z dnia 12 czerwca 2019 r., nr SRG.272.89.2019 o wartości 3.629.890,00 zł brutto, przedmiotem której była Budowa wodnego placu zabaw w Parku Zdrojowym. Następnie odwołujący wyjaśnił, że stan faktyczny tej inwestycji jest bardzo skomplikowany, wielowątkowy, dlatego ograniczył się do wskazania jedynie kluczowych elementów istotnych dla wykazania rzetelnego i ze wszelkich miar prawidłowego zachowania wykonawcy. Stwierdził przy tym, że pozostałe okoliczności faktyczne sprawy zostały szczegółowo opisane w pozwie który to na życzenie zamawiającego może zostać przedłożony, jednak liczy wraz z załącznikami liczy on tysiące stron. Realizacja ww. robót budowlanych była czynnością bardzo skomplikowaną, wymagającą współdziałania wykonawcy i zamawiającego. Tymczasem zamawiający wykazywał kompletny brak profesjonalizmu i odmawiał podejmowania współpracy z wykonawcą. Dla przykładu odwołujący wskazał, że jeszcze w sierpniu 2019 r. (tj. 3 miesiące od podpisania umowy), zamawiający nie dostarczył wykonawcy decyzji na wycinkę drzew, co uniemożliwiało rozpoczęcie robót w terenie. Istotnym problemem, z którym zmagał się wykonawca był brak inspektorów nadzoru branży sanitarnej i elektrycznej, do których powołania zobowiązany był zamawiający. Ze względu na liczne nieścisłości projektowe konieczne było bieżące uzgadnianie poszczególnych kwestii oraz szybka reakcja na zadawane pytania w celu realizacji inwestycji. Dlatego brak takich osób znacząco utrudniał prowadzenie prac i wpływał na opóźnienie poszczególnych robót. Następnie pismem z dnia 29 sierpnia 2019 r. wykonawca wskazał na kolejne błędy projektowe oraz kolizję istniejącego wodociągu z zaplanowanymi wykopami, uczynił to niezwłocznie po ich wykryciu. Wobec kolejnych trudności w realizowaniu inwestycji wykonawca wystąpił do zamawiającego o udostępnienie aktualnych warunków technicznych dotyczących placu budowy. Pomimo upływu kilku miesięcy realizacji prac, zamawiający nadal nie rozstrzygnął zamówienia publicznego na sprawowanie nadzoru autorskiego nad inwestycją, co wpływało na brak możliwości sprawnego rozwiązywania bieżących problemów istniejących na budowie. Na niezawinione opóźnienie wpłynęły okoliczności leżące wyłącznie po stronie zamawiającego, takie jak brak akceptacji wniosków materiałowych ze względu na brak powołania odpowiednich inspektorów (nierozstrzygnięte zamówienia publiczne), brak dostarczenia przez zamawiającego receptury betonu, oczekiwanie na prawomocność decyzji o pozwoleniu na wycinkę drzew. Wykonawca nie mógł doczekać się receptury betonu dostarczył zamawiającemu kosztorys zamienny na inny, tożsamy rodzaj betonu C25/30 W12. Wówczas też ujawniły się kolejne błędy projektowe, co skutkowało zmianą planu sytuacyjnego przebiegu drenażu, wykonawca przedłożył zamawiającemu kosztorys na roboty dodatkowe w tym zakresie. Należy wskazać, że każdy błąd projektowy który nie mógł być szybko wyjaśniony i skorygowany w trakcie prowadzenia prac (brak odpowiednich powołanych ku temu inspektorów) powodował opóźnianie prac za które wykonawca nie ponosił odpowiedzialności. Powyższe pisma spotkały się z brakiem reakcji inwestora. W trakcie realizacji robót wyszła na jaw konieczność realizacji kolejnych robót dodatkowych takich jak rozbiórka chodnika, przeprojektowanie studzienki, instalacji monitoringu, kurtyny wodnej. Dokumentacja projektowa zawierała liczne błędy i nieścisłości (fontanna wir wodny, ruszt stalowy fontanny edukacyjnej, brak odwodnienia terenu). Z powyższych przyczyn aneksowano umowę zmieniając termin jej realizacji. Wówczas do opóźnień przyczyniły się nie tylko skrajnie niekorzystne warunki atmosferyczne panujące od początku listopada 2019 r., ale przede wszystkim działanie zamawiającego, który za pośrednictwem swojego inspektora zaburzał możliwość prawidłowego prowadzenia robót, zwłaszcza, że inspektor nie miał merytorycznej wiedzy co do prowadzonych prac. Należy nadmienić, że to zamawiający przedstawił na radzie budowy pana J.P. jako projektanta, w protokołach rad budowy sporządzanych także przez zamawiającego pan J.P. podpisywał się jako „projektant”. Wskutek powyższych okoliczności wykonawca w dniu 11 marca 2020 r. złożył oficjalny

wniosek o przesunięcie terminu realizacji zadania z przyczyn niezależnych od powoda, a to m. in. opóźnienia w podejmowaniu decyzji przez inwestora oraz projektanta odnośnie rozwiązań projektowych, konieczności realizowania licznych robót dodatkowych, zaistnienia skrajnie niekorzystnych warunków atmosferycznych. Następnie pismem z dnia 17 marca 2020 r. poinformowano zamawiającego, że ze względu na sytuację epidemiczną związaną z rozprzestrzenianiem się korony wirusa Sars-Cov-2 wywołującego chorobę COVID-19, a to ograniczeniem wyjazdów grup budowlanych, zamknięcie się urzędów, ograniczenia działalności innych przedsiębiorstw, dostawców, terminy realizacji umowy ulegną zmianie z przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający pismem z dnia 31 marca 2020 r. nie uwzględnił wniosku wykonawcy o przesunięcie terminu realizacji zadania. Inwestor nie wskazując ani nie wyjaśniając swojego stanowiska, bezzasadnie twierdził, że projekt przedłożony wykonawcy był kompletny i umożliwiał płynne prowadzenie prac, co jednak nie polegało na prawdzie. Patrząc z perspektywy czasu, inwestora zupełnie przerosła prowadzona inwestycja, podszedł do niej zupełnie nieprofesjonalnie tak jak podszedł do przedmiotu umowy, który wodnym placem zabaw nigdy nie był. Na marginesie należy wskazać, że inwestor niemal w ogóle nie odpowiadał na pisma wykonawcy, nie dążył do rozwiązywania bieżących problemów, co w połączeniu z odmową przesunięcia terminu realizacji zadania także w obliczu rozwijającej się epidemii wskazuje na zupełny brak współpracy po stronie zamawiającego. Brak było współpracy ze strony zamawiającego i to wyłącznie z jego winy. Kluczowym problemem były roboty dodatkowe, które zamawiający zlecał za pośrednictwem swoich przedstawicieli i mimo konieczności ich wykonania kwestionował obowiązek zapłaty za nie. Wówczas to wykonawca w dniu 3 kwietnia 2020 r. wyłuszczył na piśmie inwestorowi roboty dodatkowe, a to m. in. zmianę przebiegu kanalizacji deszczowej, zwiększenie wymiarów wylazu, zmianę rodzaju izolacji wokół komina, wykonanie dodatkowego ocieplenia, uszczelnienie ściany oporowej, zwiększenie ilości oraz zmiana materiału z piaskowego na żwirowy, wykonanie dodatkowej izolacji poziomej z folii PVC, konieczność zadaszenia fontanny, konieczność wykonania dodatkowych dojazdów, żądanie przez wykonawcę zapłaty za roboty dodatkowe kwoty 145 311,78 zł netto oraz kosztów poprawiania prac w związku z licznymi błędami projektowymi w kwocie co najmniej 15 000,00 zł netto. Tego samego dnia pisemnie przedłożono inwestorowi uzupełniony i zaktualizowany kosztorys na roboty dodatkowe związane z odwodnieniem fontanny edukacyjnej w kwocie 59 929,01 zł brutto, którą to kwotę zamawiający winien zapłacić wykonawcy. Wskazując podczas spotkań w Urzędzie Gminy z zamawiającym, że jeżeli jest spór co do kwot czy poszczególnych zakresów robót dodatkowych to ostatecznie domaga się zapłaty kwoty 71 838,39 zł, o której to kwocie mowa w piśmie wykonawcy z dnia 13 maja 2020 r., nr 115.

Dnia 6 kwietnia 2020 r. ustosunkowując się do stanowiska inwestora co do braku możliwości przesunięcia terminu realizacji umowy wskazano, że przesunięcie terminu realizacji jest konieczne z powodu przyczyn nie leżących po stronie wykonawcy, a to m. in. opieszałości zamawiającego w przekazywaniu rozwiązań oraz akceptacji materiałów, bezpodstawnym odrzucaniem przez nadzór autorski składanych wniosków materiałowych, przekazania wykonawcy niekompletnego numeru modelowego terenów i obiektów zagospodarowania, przedłużające się czas akceptacji rozwiązań bloków skalnych, konieczność ponownego wykonania drogi technologicznej, bezzasadnego odrzucania wniosków materiałowych, przedłużające się przedłożenia dokumentacji szczegółowej niekiedy wiru wodnego, opieszałość zamawiającego w przekazaniu utworów muzycznych. W powyższych okolicznościach wykonawca zażądał ustanowienia gwarancji zapłaty za roboty budowlane, o której mowa w art. 649¹k.c. i nast. w ciągu 45 dni od dnia otrzymania pisma.

Zmagając się codziennie na budowie z niekompetencją pełniącą funkcję inspektora nadzoru autorskiego pana J.P. w dniu 20 kwietnia 2020 r. wykonawca zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o przekazanie w formie elektronicznej jego uprawnień projektowych. Jak się później okazało inspektor nie powinien pełnić zajmowanego stanowiska, bowiem, nie miał ku temu stosownych uprawnień. Pismem z dnia 24 kwietnia 2020 r. ponownie wskazano zamawiającemu, że otrzymana dokumentacja budowlana posiada liczne sprzeczności, jest nieprawidłowa, zawiera również dużo błędów. Poinformowano zamawiającego, że bezpodstawnie żąda wykonywania przez wykonawcę prac nieuwjętych w dokumentacji, które to prace determinują prace zasadnicze. Wykonawca podniósł, że nie może odpowiadać finansowo za błędy w dokumentacji, poinformował także zamawiającego, że z powyższych przyczyn roboty budowlane od dnia 27 kwietnia 2020 r. zostają wstrzymane z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Wykonawca uzależnił dalsze prowadzenie prac od sporządzenia aneksu do umowy obejmującego roboty dodatkowe. Jeszcze w tym samym dniu zamawiający wyraził stanowisko, że wynagrodzenie ryczałtowe uniemożliwia dokonanie zapłaty za wykonane roboty dodatkowe. Wykonawca jednak kwestionuje takie twierdzenia – konieczność wykonania prac dodatkowych nie wynikała ani z projektu ani z dokumentacji budowlanej. Wykonawca nie mógł również przewidzieć wykonania tychże prac na etapie składania oferty bowiem konieczność ich wykonania wynikała na bieżąco w trakcie prowadzenia prac. Wykonawca powziął istotne wątpliwości, czy ustanowiony przez Gminę Rabka-Zdrój inspektor nadzoru autorskiego pan J.P. posiada niezbędne uprawnienia do sprawowania takiej samodzielnej funkcji w budownictwie. Co wynikało z dotychczasowych pism, inspektor nadzoru wprowadzał uczestników procesu budowlanego w błąd, nadużywał swojej funkcji i wykazał się zupełną niekompetencją, na terenie budowy nakazywał realizowanie swoich koncepcji, które zaburzały harmonogram prac na budowie, nakazywał wbudowywanie elementów w sposób zagrażający zdrowiu i życiu, jak np. kliny pod głazy. Ponadto inspektor nie rozwiązywał bieżących problemów projektowych, co zupełnie paraliżowało prace. Wykonawca w związku z faktem, że zamawiający wstrzymywał się z udzieleniem wiążących informacji co do statusu inspektora, zwrócił się do Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z prośbą o udzielenie informacji dotyczących uprawnień osoby pełniącej funkcję nadzoru autorskiego pana J.P. Jak się później okazało, ta osoba nie miała uprawnień do pełnienia nadzoru autorskiego przy realizacji tego zadania. Tego samego dnia wykonawca zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem, by na najbliższą radę budowy dostarczył komplet wskazanych dokumentów, bez których dalsza realizacja umowy była niemożliwa. Poinformowano także zamawiającego, że termin realizacji zadania nie zostanie dotrzymany bez winy wykonawcy, a to z powodu wstrzymania realizacji prac przez zamawiającego, liczne błędy dokumentacji wskazywane na bieżąco przez wykonawcę, konieczności dokonywania zmian w przekazanej dokumentacji, czy otrzymania decyzji zmieniającej nr 400/20 z dnia 27 kwietnia 2020 r.

Powód dnia 12 maja 2020 r. dostrzegając kolejny błąd projektowy zawnioskował o zmianę zaprojektowanej roślinności, bowiem na rynku nie można otrzymać żądanych przez zamawiającego roślin, które byłyby jednocześnie odporne na przemarzanie. Kolejnego dnia zwrócono się z wnioskiem o sporządzenie protokołów i aneksów do zatwierdzonych robót dodatkowych, żądano także udzielenia przez zamawiającego informacji dotyczących wykonywanych robót, domagano się również rozliczenia prac dodatkowych w kwocie jak uznano w ramach ugodowego rozliczenia się na poziomie 71 038,39 zł netto. Kolejnym pismem wykonawca wskazał przyczyny zaistniałych opóźnień na budowie. Poinformowano, że ze względu na brak ostatecznych decyzji ze strony zamawiającego dotyczących zatwierdzenia całości robót dodatkowych, nieprzekazania dokumentacji wiru wodnego, nieprzekazania dokumentacji dot. odwodnienia nawierzchni wokół fontanny, braku wypowiedzenia się co do kolorystyki pól i kół, braku ostatecznego rozwiązania siedzisk, braku

akceptacji wniosków materiałowych na ławki, kosze, stoły, ekran, braku akceptacji dotyczącego elementów granitowych termin wykonywania robót budowlanych uległ przedłużeniu, lecz nie z winy czy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wskazano również, że najprawdopodobniej wykonawca nie dotrzyma terminu realizacji robót z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Biorąc pod uwagę wprowadzane zmiany przez inspektora nadzoru autorskiego oraz wydawane przez niego nieracjonalne decyzje zapytano inwestora, czy utożsamia się z wydawanymi poleceniami i czy bierze odpowiedzialność za wszystkie decyzje wydawane przez pana J.P. Poproszono również o okazanie pełnomocnictwa udzielonego panu J.P. przez inwestora. Następnie wykonawca ponownie wnioskował o dostarczenie niezbędnych dokumentów bez których dalsza realizacja prac pozostawała niemożliwa. Zwrócono się również o dostarczenie kompletnego projektu posadowienia skał, rozwiązania zamiennego wykonanych wyprowadzeń wody, wypełnienia podparć bloków skalnych oraz rozwiązania montażu lamp oświetlających obeliski. Zamawiający nie odpowiadał na pisma powoda. Nie udzielono też żądanej przez wykonawcę gwarancji zapłaty.

Dnia 22 maja 2020 r. wykonawca złożył inwestorowi oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie zamawiającego wraz z wezwaniem do sporządzenia szczegółowego protokołu inwentaryzacji z dnia 22 maja 2020 r. Na podjęcie decyzji o odstąpieniu od umowy złożył się szereg okoliczności, przede wszystkim to nieustanowienie żądanej gwarancji zapłaty za roboty budowlane, brak współpracy i niemożność realizacji prac z uwagi na błędy projektowe, brak właściwego nadzoru i inne. Wykonawca zrealizował liczne roboty dodatkowe, inwestor zapowiedział, że nie dokona za nie zapłaty, nie uwzględniono również uzasadnionego wniosku o przesunięcie terminu realizacji umowy, dlatego udzielenie gwarancji było dla wykonawcy tak istotne. Ponadto jak wielokrotnie wskazywano inwestorowi, dokumentacja projektowa nie nadawała się do wykonywania zadania, zawierała liczne błędy i nieścisłości. Ponadto zamawiający nie zapewnił odpowiedniego nadzoru autorskiego. Na odstąpienie od umowy wpłynął także brak jakiegokolwiek współpracy ze strony zamawiającego i publiczne, jawne lekceważenie wykonawcy, objawiające się chociażby brakiem sporządzania odpowiedzi na pisma wykonawcy, czy brak rozwiązywania problemów, a stwarzanie pozoru że ich po prostu nie ma, a wykonawca ma robić, najwyżej później będzie przerabiał, dowoził, zmieniał i tak to wykonawca poniesie w tym zakresie koszty – jak w przypadku drogi technologicznej i innych. W toku realizacji inwestycji zamawiający sporządził zaledwie 14 pism kierowanych do wykonawcy, żadne z nich nie odnosiło się w sposób merytoryczny do istniejących problemów, z którymi borykał się wykonawca. Apis Polska sp. z o.o. tymczasem sporządziła ponad 100 merytorycznych pism, które w większości pozostały bez odpowiedzi. Należy wskazać, że na radach budowy inwestor również nie rozwiązywał bieżących problemów. Odstąpienie od umowy wbrew mylnym twierdzeniom zamawiającego było skuteczne, jak bowiem stanowi art. 649⁴ § 1 k.c., jeżeli wykonawca nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym terminie, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora. Do dnia odstąpienia od umowy inwestor nie dostarczył powodowi gwarancji zapłaty, ani oryginału ani skanu ani kopii. Wykonawca również pismem z dnia 22 maja 2020 r. podtrzymał swoje stanowisko o skutecznym odstąpieniu od umowy, wskazał na brak możliwości realizowania robót z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, licznych błędów projektowych które nie są na bieżąco rozwiązywane.

Zamawiający w dniu 28 maja 2020 r. złożył wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy. Podstawy faktyczne oświadczenia spółka ocenia jako absurdalne, Gmina wskazała bowiem, że przyczyną odstąpienia w dobie koronawirusa i biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, są opóźnienia wykonawcy (pomijając fakt dostarczenia nienadającej się do wykonywania robót budowlanych dokumentacji projektowej, bezpodstawnego nieakceptowania wniosków materiałowych, nieakceptowania robót dodatkowych których wykonanie determinowało realizację dalszych prac, powołania na stanowisko inspektora nadzoru nieuprawnioną osobę, utrudnienia związane z pandemią, i ogólną niemożność realizacji prac, itp.), czy rzekome wadliwe wykonywanie przez wykonawcę robót, pomimo że przez wiele miesięcy inwestycji zamawiający nie zgłaszał jakichkolwiek uwag co do sposobu wykonywania robót przez wykonawcę. Mało tego, odbierał je na bieżąco i za nie płacił, co już samo w sobie stanowi dowód na brak konsekwencji w twierdzeniach zamawiającego. Wykonawca odniósł się do wymyślonych zarzutów inwestora i wskazał m. in., że zamawiający przez ponad 8,5 miesiąca nie przedłożył wykonawcy projektu wiru wodnego. Pomimo, że wykonawca złożył zamawiającemu projekt zamienny technologii wody, nie doczekał się jego akceptacji. Wykonawca ponownie nakreślił, w jaki niepoważny sposób jest traktowany przez inwestora. Odwołujący podkreślił, że to wykonawca z winy zamawiającego jako pierwszy odstąpił od umowy o roboty budowlane. Nie jest prawdą, by to zamawiający odstąpił od umowy, skoro od dnia 22 maja 2020 r. umowa już nie obowiązywała, zatem w ogóle nie miał takiej możliwości.

W związku z zaistniałym stanem faktycznym, odwołujący stwierdził, że wykonawca ma względem zamawiającego roszczenie w kwocie 1 934 105,34 zł, które to zostało objęte pozwem z dnia 17 lutego 2021 r. wniesionym do Sądu Okręgowego w Krakowie IX Wydziału Gospodarczego. Wykonawca nie zna jeszcze sygnatury pod którą została zarejestrowana niniejsza sprawa. Polubowne zakończenie sporu okazało się niemożliwe (dowód: pozew o zapłatę z dnia 17.02.2021 r. wraz z załącznikami).

Jak wskazał odwołujący powyżej, wykonawca złożył do Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa zawiadomienie o możliwości popełnienia deliktu dyscyplinarnego przez pana J.P., który pełnił funkcję inspektora nadzoru autorskiego bez wymaganych uprawnień. Pismem z dnia 29 czerwca 2020 r. oraz z dnia 16 lipca 2020 r. okręgowy rzecznik odpowiedzialności zawodowej MOIIB poinformował wykonawcę o wszczęciu z urzędu postępowania dyscyplinarnego przeciwko panu J.P., a to ze względu, że jak wynika z wszelkich okoliczności sprawy, pełnił on samodzielną funkcję w budownictwie jako inspektor nadzoru autorskiego mimo, że nie miał do tego uprawnień. W związku z postępowaniem wezwano przedstawiciela wykonawcy na przesłuchanie przed rzecznikiem.

Jak wyjaśnił odwołujący, według jego wiedzy, MOIIB o całej sytuacji powiadomiła organy ścigania, bowiem ich zdaniem, działania pana J.P. stanowiły przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego. W tej sprawie zostali już przesłuchani świadkowie, m. in. dyrektor Apis Polska Sp. z o.o.

Odwołujący również wskazał, że ze względu na późniejsze działania zamawiającego dotyczące rozpisania kolejnego przetargu i odrzucenia oferty Apis Polska Sp. z o.o., które to mogły wypełniać znamiona czynów zabronionych, spółka w dniu 15 grudnia 2020 r. złożyła zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa przez władze Gminy Rabka-Zdrój. O stanie faktycznym sprawy została również poinformowana Regionalna Izba Obrachunkowa w Krakowie. W tym kontekście odwołujący wskazał, że w celu ugodowego porozumienia się z zamawiającym, wykonawca obniżył wysokość robót dodatkowych do symbolicznej kwoty zniżając ją poniżej poniesionych kosztów. Ostatecznie zamawiający odmówił wykonawcy i nie zapłacił żądanej wówczas przez wykonawcę kwoty, tj. 71 038,39 zł netto. Aby dokończyć zadanie zamawiający zorganizował kolejny przetarg, w którym oprócz wykonawcy ofertę złożyły kolejne dwie firmy. Wykonawca zaproponował najniższą cenę tj. 1 667 737,36 zł brutto, natomiast najwyższą cenę tj. 2 641 171,80 zł zaofiarował wykonawca F.H.U. K. S. K., tj. lokalny przedsiębiorca posiadający siedzibę w Rabce-Zdrój. Oferta złożona przez lokalnego wykonawcę przewyższała ofertę odwołującego aż o 973 434,44 zł. Ku zdumieniu wykonawcy, zamawiający

wykluczył z postępowania przetargowego spółkę Apis Polska Sp. z o.o. oraz drugiego, nieco droższego oferenta, a wybrał dużo droższą ofertę lokalnego przedsiębiorcy. Widząc to, że zamawiający nie chciał zapłacić wykonawcy za roboty, które sam zlecił tytułem ugody, symboliczną kwotę 71 038,39 zł netto, a dokłada niemal milion złotych by roboty zorganizował lokalny wykonawca, spółka miała obowiązek zawiadomić o powyższym organy ścigania. Ponadto spółka odwołała się od czynności zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej, która uwzględniła odwołanie spółki.

Dowody:

- zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa z dnia 15 grudnia 2020 r.;
- skarga do RIO z dnia 18 grudnia 2020 r.;
- odwołanie do KIO z dnia 1 grudnia 2020 r.;
- wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2020 r.

Odwołujący z całą stanowczością wskazał, że odstąpienie od umowy przez spółkę było spowodowane wyłączną winą zamawiającego, co szczegółowo wynika z treści pozwu i dołączonych do niego dokumentów. Spółka w związku z niniejszą inwestycją nie ma sobie nic do zarzucenia, bowiem realizowała prace w sposób prawidłowy i terminowy, jednak ich kontynuowanie wskutek działań zamawiającego okazało się niemożliwe, dlatego koniecznym było odstąpienie od umowy. Ponadto odwołujący wskazał, że wykonawca w szczególności poirytowany jest działaniami władarzy Gminy Rabka-Zdrój, którzy nie tylko uniemożliwili spółce dokończenie robót, odmówili wypłaty wynagrodzenia za wykonane i odebrane prace, a obecnie czynią na złość spółce wystawiając jej negatywne referencje informując Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie, że rzekomo wykonawca popełnia wykroczenia zawodowe, co nie tylko jest twierdzeniem gołosłownym, ale również nie popartym jakimkolwiek merytorycznym dowodem.

Konsekwentnie więc odnosząc się naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 Pzp odwołujący wskazał, że w przypadku poważnego naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę, wykluczenie go wymaga wskazania przez zamawiającego winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, zaś w odniesieniu do niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, konieczne jest udowodnienie, że przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania (w istotnym stopniu) leżą po stronie wykonawcy, czego zamawiający nawet jednym zdaniem nie wskazał, a ograniczył się wyłącznie do lakonicznego wskazania jakoby posiadał rzekomo jakieś informacje od podmiotów na rzecz, których wykonawca realizował inwestycje, nie podając nawet rodzaju, treści tych dokumentów. Odwołujący zwrócił uwagę, że brak wypełnienia przez zamawiającego przesłanki określonej w art. 57 ust.4 lit. c dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którą wykonawca podlega wykluczeniu „jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość”. To oznacza, że zamawiający powinien posiadać stosowne środki (dowody), że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, a za wykroczenie zawodowe należy rozumieć obowiązki wykonawcy wynikające z zawartych umów. Ponadto, powinno to być istotne wykroczenie np. niezrealizowanie umowy na poziomie powyżej 5% wartości przedmiotu umowy, które wskazuje na brak jego uczciwości z punktu widzenia doświadczenia życiowego. Odwołujący wskazał także, że zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia, zawartym w zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 12 maja 2021 r., nie zawarł żadnego uzasadnienia dlaczego uznał, iż Wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego i dlaczego twierdzi, że nie wykonał lub nienależycie wykonał on przedmiot umowy.

Ponadto odwołujący wyjaśnił, że odnosząc się do informacji uzyskanych przez zamawiającego z Urzędu Miejskiego w Rabce-Zdroju wykonawca Apis Polska Sp. z o.o. złożył wniosek o zabezpieczenie powództwa przeciw Gminie Rabka-Zdrój o zapłatę kwoty 1 934 105,54 tytułem kary umownej oraz należnego odszkodowania. Tak więc rozstrzyganie na tym etapie postępowania sądowego o jakiegokolwiek winie leżącej po stronie odwołującego jest bezprzedmiotowe, sam zaś zamawiający opiera się tylko i wyłącznie na bliżej nieokreślonych informacjach uzyskanych od innych zamawiających.

Odwołujący zauważył, że uzasadniając wykluczenie zawarte w zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 12 maja 2021 r., zamawiający w zasadzie wyłącznie poprzestał na przywołaniu orzecznictwa KIO oddając się teoretycznym rozważaniom dotyczącym treści 109 ust. 1 pkt 8 Pzp czyli definicji lekkomyślności, niedbalstwa w przypadku wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu przez wykonawcę informacji, że nie podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie odnosząc się w żaden sposób do konkretnych sytuacji jakie uznał za podstawy wykluczenia. Zamawiający pominął całą argumentację wykonawcy którą dysponował z chwilą otrzymania informacji o czynności niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 8 marca 2021 r. przemawiającej za uznaniem, iż wykonawca nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1. pkt 5, 7 i 8 Pzp. Skoro więc zamawiający sam nie jest w stanie wykazać dlaczego twierdzi iż, odwołujący podlega wykluczeniu, to ciężko jest tu mówić o jakimkolwiek niedbalstwie czy lekkomyślności bowiem z logicznego punktu widzenia, jeśli niemożliwym jest ich wykazanie, to okoliczności takie w ogóle nie zachodzą. W ocenie odwołującego, zamawiający nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych na potwierdzenie swojego stanowiska, konsekwentnie więc bezprawnie wykluczył go na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1. pkt 5, 7 i 8 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Flora Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie.

Zamawiający w dniu 19 lipca 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podał argumentację dla powyższego wniosku oraz załączył do niej dowody, które w jego ocenie miały potwierdzić prawidłowość podjętych czynności.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Flora Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę

w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Tym samym Izba uznała za niezasadny wniosek przystępującego, poparty przez zamawiającego, zgłoszony na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron o odrzuceniu odwołania w związku z niedochowaniem terminu na jego wniesienie, określonym w art. 515 ust. 3 Pzp. W ocenie przystępującego odwołanie zostało wniesione po terminie, ponieważ odwołujący miał świadomość, że zostanie wykluczony z postępowania, ponieważ w innym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – dotyczącym rewaloryzacji parku im. Wojciecha Bednarskiego – odwołujący został wykluczony z postępowania z uwagi na te same okoliczności co w przedmiotowej sprawie o czym wiedział co najmniej od 6 kwietnia 2021 r.

Zgodnie z przywołanym powyżej art. 515 ust. 3 pkt 2 Pzp *Odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.* Jak wynika z treści tego przepisu ma on zastosowanie do przypadków, które nie dotyczą okoliczności określonych w art. 515 ust. 1 i 2 Pzp. W art. 515 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp wskazano, że *Odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.* W przedmiotowej sprawie czynności zamawiającego co do których wniesiono odwołanie (wybór najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenie oferty odwołującego i wykluczenie go z postępowania) miały miejsce 12 maja 2021 r., zatem wniesienie odwołania w dniu 17 maja 2021 r. nastąpiło w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp. Ww. przepis miał w okolicznościach przedmiotowej sprawy decydujące znaczenie dla terminu wniesienia odwołania w związku z tym dochowanie tego terminu przez odwołującego w żadnym wypadku nie mogło doprowadzić do odrzucenia odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie. Ponadto pismo i okoliczności na które powoływał się przystępujący wskazując, że odwołujący już 6 kwietnia 2021 r. miał świadomość, że zostanie wykluczony z postępowania, dotyczyły innego postępowania przetargowego. Czynności podejmowane przez zamawiającego w innym postępowaniu przetargowym nie mogą determinować wykonawcy do składania odwołania w innym postępowaniu, ponieważ wykonawca nie wie jaką czynność podejmie zamawiający w tym drugim postępowaniu. Dopiero dokonanie czynności we właściwym postępowaniu wyznacza co do zasady początek biegu terminu na wniesienie odwołania.

Reasumując Izba w przedmiotowej sprawie doszła do przekonania, że właściwym przepisem do ustalenia prawidłowego terminu wniesienia odwołania był art. 515 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp i termin określony w tym przepisie został przez odwołującego dochowany, zatem powyższy wniosek został oddalony.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 4 czerwca 2021 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez odwołującego;
- zawiadomienie o wyniku postępowania z dnia 12 maja 2021 r.;

2) dokumenty załączone do odwołania, które zostały wymienione powyżej w części dotyczącej prezentacji treści odwołania;

3) załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- pismo z dnia 23 marca 2021 r. z Urzędu Miast i Gminy Skawina;
- pismo z dnia 25 marca 2021 r. z Urzędu Miejskiego w Rabce-Zdroju;
- pismo z dnia 24 marca 2021 r. z Urzędu Miasta Zakopane;
- wyrok KIO z dnia 23 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 551/21;

4) dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego:

- skargę wniesioną w dniu 15 kwietnia 2021 r. na orzeczenie Izby o sygn. akt KIO 551/21 z dnia 23 marca 2021 r.;
- wezwanie z dnia 13 lipca 2021 r. prezesa zarządu Apis Polska sp. z o. o. w charakterze świadka;

5) złożony na rozprawie przez zamawiającego wydruk wiadomości z poczty elektronicznej z dnia 12 marca 2021 r., który stanowił treść pytań jakie zostały przesłane do Gminy Skawina, Gminy Rabka Zdrój oraz Miasta Zakopane;

6) złożone na rozprawie przez przystępującego zawiadomienie o odrzuceniu oferty i wykluczeniu wykonawcy z dnia 30 marca 2021 r., które dotyczy postępowania prowadzonego przez zamawiającego pod nazwą: „Rewaloryzacja parku im. Wojciecha Bednarskiego”.

Na rozprawie zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów dotyczących naruszenia art. 109 ust. 1 pkt. 5 Pzp, które zostały podniesione w odwołaniu. Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec powyższej czynności zamawiającego skutkującej uwzględnieniem w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W związku z tym Izba działając na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej uwzględnionych zarzutów oraz rozpoznała pozostałe zarzuty odwołania.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający w sekcji V, pkt 5.2) ogłoszenia o zamówieniu wśród fakultatywnych podstaw wykluczenia wskazał m. in. art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp.

Wyrokiem z dnia 23 marca 2021 r., sygn. akt KIO 551/21 Izba oddaliła odwołanie wniesione w dniu 19 lutego 2021 r. przez wykonawcę Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Urząd Miasta i Gminy w Skawinie pn. „Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: „Rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina” Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu – dokończenie rozpoczętej inwestycji (nr ref. ZP.271.52-3.IN.2020). W przedmiotowej sprawie Izba uznała, że firma Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu z przyczyn leżących po jej stronie nienależycie wykonała w istotnym stopniu wcześniejsze umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zawarła z Gminą Skawina w dniu 4 marca 2020 r. nr IN.271.4.1.2020 („Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska w Facimiechu, wraz z infrastrukturą rekreacyjną”) i IN.271.4.3.2020 („Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu”). W związku z tym Izba stwierdziła, że w postępowaniu na „Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: „Rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina” Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu – dokończenie rozpoczętej inwestycji” (nr ref. ZP.271.52-3.IN.2020), Gmina Skawina słusznie wykluczyła wykonawcę Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.).

W oświadczeniu złożonym wraz z ofertą firma Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu wskazała (pkt 4 str. 3): *Oświadczamy, że nie podlegamy wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4), 5), 7), 8), 9) i 10) ustawy Pzp.*

W dniu 12 maja 2021 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Wraz z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadomił również, iż działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp odrzucił z postępowania ofertę odwołującego, gdyż biorąc pod uwagę materiały zgromadzone w toku postępowania uznał, że spełnione w przypadku tego wykonawcy zostały przesłanki wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 8) Pzp.

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

Uzasadniając podjętą decyzję o odrzuceniu Wykonawcy na podstawie wyżej wskazanych podstaw prawnych Zamawiający wskazuje, iż dokumentacja postępowania, tj. w szczególności oferta Wykonawcy, jak i złożone przez niego oświadczenia, oraz informacje posiadane przez Zamawiającego, potwierdzają jednoznacznie, że przywołane przesłanki wykluczenia faktycznie zostały spełnione.

W ocenie Zamawiającego bezsprzecznym jest fakt, iż Wykonawca w ofercie z dnia 30.03.2021r. złożył oświadczenia, które nie są zgodne ze stanem faktycznym. Zamawiający analizując treści złożonej oferty powziął wątpliwości, co do rzetelności i zgodności ze stanem faktycznym złożonych oświadczeń.

Z dokumentów posiadanych przez Zamawiającego, tj. uzyskanych odpowiedzi od jednostek samorządowych, w których Wykonawcy tj. APIS Polska Sp. z o.o., ul. 3 Maja 85, 37-500 Jarosław – Lider Konsorcjum, APIS.JO., ul. Poniatowskiego 28, 37-500 Jarosław – Partner Konsorcjum, brały udział w postępowaniach przetargowych oraz wykonywały roboty budowlane, wynika jednoznacznie, iż Wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego, gdyż podane dane i informacje nie odpowiadają rzeczywistości. Ponadto w ocenie Zamawiającego jest to świadomie i zamierzone działanie Wykonawcy, dotyczące przedstawienia nierzetelnych informacji, z których miałyby wynikać, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, a to wypełnia przesłanki opisane w art. 109 ust. 1 pkt 5), 7) i 8) ustawy Pzp.

Zgodnie z informacją publiczną uzyskaną od Urzędu Miasta i Gminy w Skawinie, Wykonawca, tj. APIS Polska Sp. z o.o., ul. 3 Maja 85, 37-500 Jarosław brała udział w postępowaniach przetargowych:

- 1) nr ZP.271.26.IN.2019 - „Budowa ścieżki rowerowej na dz. nr755/1 w miejscowości Borek Szlachecki, gmina Skawina”,*
- 2) nr ZP.271.43.IN.2019 – „Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: Rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina” w ramach, którego zawarto umowy tj. „Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska wraz zinfrastrukturą rekreacyjną w Facimiechu” oraz „Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu”,*
- 3) nr ZP.271.52-3.IN.2020 – „Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: Rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina”-„Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu”- dokończenie inwestycji,*

W wymienionych postępowaniach między innymi Wykonawcy naliczano kary umowne, odstąpiono od umowy z uwagi niewykonanie przez Wykonawcę ciężących na nim zobowiązań umownych oraz wykluczono go na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2) i 4) ustawy Pzp.

Również zgodnie z informacją uzyskaną od Urzędu Miejskiego w Rabce-Zdrój wynika, że Wykonawca, tj. APIS Polska Sp. z o.o., ul. 3 Maja 85, 37-500 Jarosław realizował następujące zadania:

- 1) „Budowa Otwartej Strefy Aktywności przy ul. Orkana w Rabce-Zdrój”*
- 2) „Rozbudowa Parku Zdrojowego w Rabce-Zdrój – zagospodarowanie bulwarów nad Poniczanką”*
- 3) „Budowa wodnego placu zabaw w Parku Zdrojowym”*

We wskazanych zamówieniach realizowanych na rzecz Gminy Rabka-Zdrój zostały naliczone Wykonawcy kary umowne, w tym w jednym z zadań odstąpiono od umowy z przyczyn dotyczących Wykonawcy.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;*
- art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;*
- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- art. 17 ust. 2 Pzp – *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;*
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;*
- art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Skład orzekający rozpoznając przedmiotową sprawę zwrócił uwagę przede wszystkim na dwie okoliczności:

- po pierwsze stanowisko Izby zaprezentowane w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 23 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 551/21;

- po drugie uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania podane w zawiadomieniu z dnia 12 maja 2021 r

W odniesieniu do pierwszej z wymienionych powyżej okoliczności Izba w całej rozciągłości podtrzymała i uznała za słuszne stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 551/21. Jak wskazano powyżej wyrok w przedmiotowej sprawie dotyczył odwołania wniesionego w dniu 19 lutego 2021 r. przez wykonawcę Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Urząd Miasta i Gminy w Skawinie Postępowanie prowadzone przez Gminę Skawina dotyczyło „Wykonania robót budowlanych w ramach zadania: „Rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina” Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu – dokończenie rozpoczętej inwestycji” (nr ref. ZP.271.52-3.IN.2020). W sprawie KIO 551/21 Izba uznała, że firma Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu z przyczyn leżących po jej stronie nienależycie wykonała w istotnym stopniu wcześniejsze umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zawarła z Gminą Skawina w dniu 4 marca 2020 r. nr IN.271.4.1.2020 („Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska w Facimiechu, wraz z infrastrukturą rekreacyjną”) i IN.271.4.3.2020 („Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu”). W związku z tym Izba uznała, że w postępowaniu na „Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: „Rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina” Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu – dokończenie rozpoczętej inwestycji” (nr ref. ZP.271.52-3.IN.2020), Gmina Skawina słusznie wykluczyła wykonawcę Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.). Obie umowy dotyczące „Przebudowy i rozbudowy ogólnodostępnego boiska w Facimiechu, wraz z infrastrukturą rekreacyjną” i „Rozbudowy istniejącego placu zabaw w Grabiu” zostały wskazane przez zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania.

Tym samym powielając argumentację zawartą w uzasadnieniu wskazanego powyżej orzeczenia skład orzekający uznał, że:

W świetle poczynionych przez Izbę ustaleń faktycznych nie budziła wątpliwości okoliczność, że na Odwołującym spoczywał – zgodnie z postanowieniami SIWZ dla postępowania nr ZP.271.43.IN.2019, treścią złożonej w tym postępowaniu oferty oraz postanowieniami zawartych w jego wyniku umów nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020 - obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę po dwie osoby niepełnosprawne do realizacji każdej z ww. umów przez cały okres ich wykonywania. Nie było w tym zakresie wystraszające, jak zdaje się sugerować Odwołujący, samo zatrudnienie osób niepełnosprawnych w przedsiębiorstwie Odwołującego, lecz zatrudnienie tych osób do realizacji zamówienia. Powyższe jest równoznaczne z tym, że osoby niepełnosprawne miały brać udział w realizacji zamówienia, czyli w przedmiotowym przypadku tej części zamówienia, do realizacji której zostały wskazane (część 1 - umowa nr IN.271.4.1.2020 lub część 2 - umowa nr IN.271.4.3.2020). Wskazuje na to m.in. treść kryterium – aspekty społeczne, a konkretnie pkt 14.7 SIWZ, zgodnie z którym punkty w przedmiotowym kryterium oceniane były na podstawie przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu zamówienia przez osoby niepełnosprawne poprzez wskazanie liczby zatrudnionych osób niepełnosprawnych do realizacji zamówienia zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na cały czas realizacji zamówienia w pełnym wymiarze etatu. Zamawiający wyraźnie zastrzegł także, iż w przypadku wyboru oferty wykonawcy na więcej niż jedną część zamówienia i złożenia stosownej deklaracji zatrudnienia osób niepełnosprawnych, wykonawca będzie zobowiązany do zatrudnienia odpowiedniej liczby zadeklarowanych różnych osób oddzielnie dla każdej z części, w której zostanie mu udzielone zamówienie.

Ponadto obowiązek wynikający ze złożonej w ofercie deklaracji na potrzeby ww. kryterium oceny ofert o zatrudnieniu do realizacji każdej z części zamówienia po dwie osoby niepełnosprawne nie może być interpretowany w oderwaniu od pozostałych postanowień SIWZ oraz umów zawartych w Odwołującym, które dotyczyły zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę. Jak wskazano jednoznacznie w § 9 ust. 1 lit. j) ww. umów Odwołujący miał obowiązek zatrudnienia w trakcie ich wykonywania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności podstawowe i pomocnicze w zakresie wszelkich robót budowlanych oraz osób obsługujących sprzęt wykorzystywany do realizacji zamówienia, za wyjątkiem osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie oraz prowadzących indywidualną działalność gospodarczą. Powyższe potwierdza, że osoby niepełnosprawne miały brać czynny udział w realizacji zamówienia, wykonując czy to czynności podstawowe, czy pomocnicze w zakresie robót budowlanych, czy też obsługując sprzęt wykorzystywany do realizacji zamówienia.

Izba przyznała rację Zamawiającemu, iż Odwołujący powyższego obowiązku nie dopełnił, co przesądza o tym, że umowy nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020 nie zostały przez niego należycie wykonane. Nienależytym wykonaniem ww. umów nie jest bowiem wyłącznie wadliwe wykonanie robót budowlanych stanowiących ich przedmiot, lecz także realizacja tych umów z naruszeniem istotnych obowiązków umownych.

Odnosząc się do realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 dotyczącej przebudowy i rozbudowy ogólnodostępnego boiska w Facimiechu wraz z infrastrukturą rekreacyjną, Izba stwierdziła, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdza stanowisko Zamawiającego o niedopełnieniu przez Odwołującego obowiązku zatrudnienia do realizacji ww. zamówienia dwóch osób niepełnosprawnych na umowę o pracę przez cały okres jego wykonywania. W oświadczeniu z dnia 4 marca 2020 r. Odwołujący jako osoby niepełnosprawne zatrudnione do realizacji ww. umowy p. W. P. oraz p. M. O.. Poza sporem pozostaje fakt formalnego wskazania do realizacji przedmiotowego zamówienia p. W. P. zatrudnionego u Odwołującego na umowę o pracę i posiadającego ważne orzeczenie o niepełnosprawności – Zamawiający nie kwestionował faktu zatrudnienia ww. osoby ani faktu, że ważność ww. orzeczenia uległa przedłużeniu na mocy postanowień ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 374 ze zm.). Zamawiający kwestionował wyłącznie faktyczne uczestnictwo ww. osoby w realizacji przedmiotu zamówienia, do czego Izba odnieść się w dalszej części uzasadnienia.

Przedmiotem sporu było natomiast istnienie stosunku pracy przez cały okres realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 z drugą wskazaną w oświadczeniu z dnia 4 marca 2020 r. osobą niepełnosprawną - p. M. O.. W oparciu o przedstawione dowody Izba uznała za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego, iż stosunek pracy z ww. osobą ustał w trakcie realizacji zamówienia. Na powyższe wskazuje po pierwsze notatka inspektora nadzoru z dnia 19 czerwca 2020 r., a po drugie oświadczenie Odwołującego z dnia 1 czerwca 2020 r. złożone wraz z pismem z dnia 7 lipca 2020 r., w którym jako osoby niepełnosprawne zatrudnione do realizacji umowy wskazano p. W. P. i p. P. P.. Z powyższego oświadczenia jednoznacznie wynika, że to p. M. O. zastąpił p. P. P., co potwierdza tezę Zamawiającego, że osoba ta nie świadczyła już pracy na rzecz Odwołującego. Twierdzenia Odwołującego jakoby w powyższym zakresie doszło do omyłki, gdyż P. P. miał zastąpić W. P., a nie M. O., nie zostały w żaden sposób uprawdopodobnione. Odwołujący, dysponując szerokimi możliwościami w zakresie wykazania, że stosunek pracy z ww. osobą trwał przez cały okres realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 nie przedstawił na tę okoliczność żadnych wiarygodnych dowodów. Nie stanowi takiego dowodu złożony

dokument potwierdzający zgłoszenie p. M. O. do ubezpieczeń, wynika bowiem z niego wyłącznie data powstania obowiązku dokonania takiego zgłoszenia. Własnoręczna adnotacja osoby ds. kadr, że ww. osoba jest dalej zatrudniona w przedsiębiorstwie Odwołującego po pierwsze nie posiada dostatecznej mocy dowodowej, a po drugie nie wykazuje, że stosunek pracy trwał nieprzerwanie, w tym przede wszystkim, że trwał on w okresie od 4 marca 2020 r. do 6 sierpnia 2020 r. Izba miała także na względzie, iż pomimo, że przebieg rozmów inspektora nadzoru z przedstawicielem Odwołującego wskazujący na ustanie stosunku pracy z p. M. O. został szczegółowo opisany podczas rozprawy przez pełnomocnika Zamawiającego, którym była osoba pełniąca funkcję inspektora nadzoru, Odwołujący w ogóle nie zakwestionował przedstawionych okoliczności ani treści notatki inspektora nadzoru.

Kolejną kwestią mającą znaczenie w zakresie oceny prawidłowości realizacji zamówienia dotyczącego przebudowy i rozbudowy ogólnodostępnego boiska w Facimiechu jest wskazanie do realizacji ww. zamówienia p. P. P.. Po pierwsze zwrócić należy tutaj uwagę na daleko idącą niekonsekwencję Odwołującego, który w treści odwołania powołuje się na fakt, iż w momencie odstąpienia od umowy nr IN.271.4.1.2020 (Facimiech) na tej inwestycji zatrudniano „co najmniej dwóch niepełnosprawnych, a to W. P., jak również P. P., a ponadto jeszcze M. O.” podczas, gdy jako dowód składa pismo z dnia 13 sierpnia 2020 r. dotyczące realizacji drugiej z umów (zamówienie w Grabiu), w którym wprost wskazuje, że wpisanie P. P. w oświadczeniu dotyczącym umowy nr IN.271.4.1.2020 (Facimiech) „było wynikiem omyłki, było niepotrzebne i nie miało faktycznie miejsca.” Zestawienie całokształtu prezentowanej przez Odwołującego w trakcie realizacji zamówień oraz w postępowaniu odwoławczym argumentacji wskazuje na jej wewnętrzną sprzeczność – Odwołujący zdaje się przyjmować takie stanowisko, jakie jest korzystne z perspektywy konkretnego zamówienia, nie zważając na brak spójności.

Po drugie wskazać należy, iż okolicznością bezsporną, wynikającą z treści umowy o pracę P. P., jak i potwierdzoną przez Odwołującego na rozprawie, było pełnienie przez tę osobę funkcji specjalisty ds. zamówień publicznych. W świetle tej okoliczności nie sposób uznać za wiarygodne prezentowanego przez Odwołującego w korespondencji z Zamawiającym i odwołaniu stanowiska, iż pan P. P. „wykonywał obowiązki na budowie w miejscowości Facimiech.” W ocenie Izby trudno uznać, aby zatrudnianie osoby niepełnosprawnej jako specjalisty ds. zamówień publicznych wypełniało spoczywający na Odwołującym obowiązek zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę na pełny etat osoby do realizacji robót budowlanych polegających na przebudowie i rozbudowie boiska. Odwołujący nie pokusił się o wyjaśnienie jakie to obowiązki specjalista ds. zamówień publicznych może wykonywać – jak twierdził – „na budowie”. Nie podjął także próby wykazania, że P. P. wykonywał w pełnym wymiarze etatu jakiejkolwiek czynności pomocnicze wiążące się z przedmiotowym zamówieniem, chociażby o charakterze administracyjno-biurowym, poprzestając na lakonicznym stwierdzeniu, że P. P. obsługiwał zamówienia publiczne i realizację inwestycji. Przypomnieć zaś należy, że w świetle deklaracji złożonej na potrzeby oceny oferty Odwołującego w kryterium aspekty społeczne zobowiązany był on zatrudnić osoby niepełnosprawne do realizacji zamówienia, a nie do realizacji innych czynności związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej przez Odwołującego. Ponadto skoro Odwołujący, zgodnie z oświadczeniem z dnia 1 czerwca 2020 r., wskazał do realizacji umowy tylko dwie osoby (p. P. i p. P.), to obie te osoby zgodnie z postanowieniami SIWZ musiały być zatrudnione do realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 na pełny etat.

Odnosząc się do realizacji umowy nr IN.271.4.3.2020 dotyczącej rozbudowy istniejącego placu zabaw w Grabiu Izba miała na względzie, że w treści odwołania w zasadzie nie odniesiono się do kwestii dopełnienia obowiązku z § 9 ust. 1 lit. j umowy w przypadku tego zadania. Odwołujący nie wskazał nawet jakich pracowników niepełnosprawnych i przez jaki okres zatrudniał do wykonania tego zadania, poprzestając na lakonicznym stwierdzeniu, że przez cały okres umowy zatrudniano odpowiednią liczbę pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności. Ponadto z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w związku z wykonywaniem umowy nr IN.271.4.3.2020 jednoznacznie wynikało, że przez cały okres realizacji przedmiotowych robót budowlanych Odwołujący zatrudniał w oparciu o umowę o pracę wyłącznie jedną osobę niepełnosprawną formalnie wskazaną do tego zadania – Pana J. D.. Z przedstawionego przez Odwołującego oświadczenia z dnia 4 marca 2020 r. o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji ww. zamówienia wprost wynikało, że druga ze wskazanych osób niepełnosprawnych – p. G. B. był zatrudniony na umowę o pracę na czas określony. Potwierdzała to treść załączonej do oświadczenia umowy o pracę, w której wskazano, iż umowa zawarta jest na czas określony od 20 maja 2019 r. do 19 maja 2020 r. Odwołujący, nie kwestionując faktu, że umowa z p. B. przestała obowiązywać w trakcie realizacji zamówienia w Grabiu, jednocześnie nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że zastąpił tę osobę inną osobą. Odwołujący, pomimo ciążącego na nim obowiązku aktualizacyjnego wynikającego z § 9 umowy, nie przekazał Zamawiającemu podczas wykonywania zamówienia dokumentów wskazujących na powyższe, tego rodzaju dokumentów nie złożył również jako dowodów w postępowaniu odwoławczym.

Podnoszone przez Odwołującego podczas rozprawy twierdzenia, iż w miejsce G.B. do realizacji umów skierowano P. P. nie zostały niczym poparte. W odniesieniu do osoby P. P. Izba wskazuje na omówioną już powyżej okoliczność, iż zatrudnienie tej osoby jako specjalisty ds. zamówień publicznych nie wypełniało obowiązku zatrudnienia osoby niepełnosprawnej do realizacji zamówienia - w tym przypadku do realizacji robót budowlanych polegających na rozbudowie istniejącego placu zabaw w Grabiu. Niezależnie od powyższego w materiale dowodowym sprawy brak jest dokumentów, które potwierdzałyby stanowisko Odwołującego, że p. P. w ogóle został wskazany do realizacji umowy nr IN.271.4.3.2020. Co więcej, jak wynika z oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego Zamawiającemu w związku z realizacją robót budowlanych w miejscowości Facimiech (umowa nr IN.271.4.1.2020), to na potrzeby tego zadania, a nie inwestycji w Grabiu, Odwołujący wskazał jako osobę niepełnosprawną p. P. P.. Również z treści odwołania wynika, iż na fakt zatrudnienia ww. osoby Odwołujący powołuje się w kontekście realizacji robót budowlanych w miejscowości Facimiech, a nie Grabie. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego jest nie tylko niespójna, ale wręcz sprzeczna z oświadczeniami i dokumentami składanymi przez niego podczas realizacji obu inwestycji. W tym miejscu można zwrócić uwagę na kolejną niekonsekwencję w argumentacji Odwołującego, który na potrzeby umowy nr IN.271.4.1.2020 twierdził, że P. P. został przesunięty do realizacji zamówienia w miejscowości Facimiech, ponieważ w Grabiu trwał proces produkcji urządzeń, podczas gdy w ramach umowy nr IN.271.4.3.2020 ani nie zgłosił formalnie P. P. do realizacji zamówienia w Grabiu, ani nie wskazał innej osoby niepełnosprawnej w miejsce p. P., co zobowiązany był zrobić „przysuwając” p. P.P.J.J do realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020. Treść SIWZ i obu umów jednoznacznie wskazywały, że obowiązek zatrudnienia zadeklarowanej liczby osób niepełnosprawnych do realizacji każdej z umów ma trwać nieprzerwanie, tj. przez cały okres ich wykonywania.

W ocenie Izby zarówno działania podejmowane przez Odwołującego podczas realizacji umów ustalone na podstawie zgromadzonych w postępowaniu odwoławczym dowodów, jak i prezentowana przez niego w postępowaniu odwoławczym niespójna, lakoniczna argumentacja, potwierdzają tezę Zamawiającego, iż Odwołujący nie dochował należytej staranności podczas realizacji obowiązków umownych w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Już tylko na podstawie wyżej opisanych okoliczności stwierdzić można nienależyte wykonanie przez Odwołującego umów nr IN.271.4.1.2020 oraz nr

IN.271.4.3.2020.

Ponadto w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała za wykazane twierdzenia Zamawiającego, iż osoby niepełnosprawne wskazane przez Odwołującego formalnie do realizacji każdej z umów, w istocie nie wykonywały w ramach realizacji tych umów czynności. Świadczy o tym po pierwsze notatka inspektora nadzoru z dnia 19 czerwca 2020 r., po drugie złożone przez Zamawiającego dokumenty związane z realizacją umów przez podwykonawców, w tym oświadczenia podwykonawców dotyczące zatrudnianych przez nich osób oraz dokumenty wskazujące na zakres realizowanych przez podwykonawców robót, a po trzecie złożone przez Zamawiającego na rozprawie oświadczenia podwykonawców potwierdzające brak obecności pracowników Odwołującego podczas realizacji obu zadań. Odwołujący w żaden sposób okoliczności tych nie podważył, a jednocześnie nie podjął nawet próby wykazania, że jego pracownicy faktycznie uczestniczyli w realizacji umów nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020. Odwołujący nie był w stanie nawet precyzyjnie wskazać jakie czynności wykonywały poszczególne osoby, na czym konkretnie polegała ich praca przy realizacji danej inwestycji. Poza opisem stanowisk pracy w treści umów o pracę, który jednak sam w sobie nie wskazuje na zakres obowiązków poszczególnych osób podczas realizacji robót budowlanych w miejscowości Facimiech i Grabie, brak jest jakichkolwiek dowodów wyjaśniających powyższe, co więcej, brak jest nawet samych twierdzeń Odwołującego w tym przedmiocie. Nie było zaś wystarczające, co wyjaśniono już powyżej, samo formalne zatrudnienie osób niepełnosprawnych na podstawie umowy o pracę, lecz zatrudnienie tych osób do realizacji zamówienia, co siłą rzeczy wiązać się powinno z bezpośrednim udziałem tych osób w realizacji zamówienia.

Mając na względzie wszystko powyższe, w ocenie składu orzekającego, Zamawiający wykazał zaistnienie przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w postaci nienależytego wykonania przez Odwołującego wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego.

Izba zgodziła się ponadto z Zamawiającym, że nienależyte wykonanie umów nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020 nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. To wyłącznie Odwołujący był zobowiązany do dopełnienia przez cały okres realizacji ww. umów obowiązku zatrudnienia osób niepełnosprawnych do realizacji tych umów, w tym także dopilnowania, aby w trakcie wykonywania umów nie doszło do sytuacji, w której wymagana liczba osób niepełnosprawnych ulegnie zmniejszeniu, jak i należytego aktualizowania oświadczeń i dokumentów, które Odwołujący zobowiązany był przedstawiać Zamawiającemu w celu wykazania dochowania powyższego obowiązku. Na jego realizację żadnego wpływu nie miało zachowanie Zamawiającego, w tym także okoliczności, na które zwracał uwagę Odwołujący, dotyczące nieprawidłowości w treści gwarancji zapłaty, wadliwości projektów budowlanych czy warunków gruntowych i konieczności realizacji dodatkowych badań geotechnicznych. Powyższe kwestie miały znaczenie wtórne i jako takie pozostawały bez wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy, podobnie jak składane na tę okoliczność przez Odwołującego dowody (tj. pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 30.07.2020 r. dotyczące uzupełniających badań geotechnicznych, pisma Odwołującego do Zamawiającego z dnia 13.08.2020 r., oświadczenia Odwołującego z dnia 24.08.2020 r. o odstąpieniu od obu umów). Izba weryfikowała prawidłowość decyzji Zamawiającego przez pryzmat okoliczności, które stały się podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, dokonując ich oceny pod kątem wypełnienia przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Fakt, że być może Zamawiający nie dopełnił pewnych ciążących na nim w świetle umów obowiązków (co, jak wskazano powyżej, nie podlega ocenie Izby w tym postępowaniu), w żaden sposób nie wpływa na to, że Odwołujący, z przyczyn zależnych wyłącznie od niego, nie wykonywał umów nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020 w sposób należyty w zakresie obowiązku wynikającego z § 15 ust. 1 lit j) umów oraz złożonych w ofercie deklaracji o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych na potrzeby kryterium oceny ofert dotyczącego aspektów społecznych.

Skład orzekający miał świadomość, że orzeczenie w sprawie KIO 551/21 dotyczyło zasadności zastosowania przez Gminę Skawina art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), niemniej treść ww. przepisu jest zbliżona do treści art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W ocenie składu orzekającego treść art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi przełożenie i rozwinięcie w aktualnie obowiązującej ustawie dyspozycji zawartej wcześniej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy poprzednio regulującej materię zamówień publicznych. Izba w sprawie KIO 551/21 wyraźnie wskazała, że wykonawca Apis Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Jarosławiu z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejsze umowy w sprawie zamówienia publicznego, które zawarł z Gminą Skawina w dniu 4 marca 2020 r. nr IN.271.4.1.2020 („Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska w Facimiechu, wraz z infrastrukturą rekreacyjną”) i IN.271.4.3.2020 („Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu”). Powyższe stwierdzenie wpisuje się także w dyspozycję art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z tym, mając na uwadze obie umowy realizowane przez Apis Polska Sp. z o.o. dla Gminy Skawina, zamawiający słusznie wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że wykonawca Apis Polska Sp. z o.o. nienależycie wykonywał powyżej wskazane umowy, co zostało stwierdzone wyrokiem z dnia 23 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 551/21, przy czym termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 30 marca 2021 r. Wykonawca Apis Polska Sp. z o.o. w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu wskazał, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu nie podjął nawet próby samooczyszczenia i nie poinformował zamawiającego o stwierdzonych wyrokiem KIO okolicznościach. Tym samym Izba uznała, że odwołujący co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W związku z tym wypełnione zostały przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Dodatkowo Izba zauważyła, że odwołujący ani w odwołaniu ani na rozprawie nie odniósł się szczegółowo do okoliczności dotyczących zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. W ocenie Izby argumentacja odwołującego w zakresie przedmiotowego zarzutu sprowadzała się do stwierdzenia, że brak podstaw wykluczenia odwołującego w zakresie dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp skutkuje niemożliwością wykluczenia tego wykonawcy także na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Skoro Izba doszła o przekonania, że odwołujący powinien zostać wykluczony w związku z okolicznościami stwierdzonymi w wyroku o sygn. akt KIO 551/21, które dotyczyły dwóch umów realizowanych przez Apis Polska Sp. z o.o. na rzecz Gminy Skawina, wymienionych w uzasadnieniu wykluczenia z dnia 12 maja 2021 r. to w tym zakresie wobec odwołującego ziszczyły się przesłanki wykluczenia go z postępowania określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Ponadto odnosząc się do powyżej wskazanych okoliczności Izba doszła do przekonania, że dla rozstrzygnięcia nie miały znaczenia ani argumentacja odwołującego skupiająca się na piśmie z dnia 6 kwietnia 2021 r., ani fakt wniesienia skargi do sądu na wyrok o sygn. KIO 551/21. W piśmie z dnia 6 kwietnia 2021 r. odwołujący odniósł się do niemożności dokonania samooczyszczenia oraz nieprawidłowej w jego ocenie czynności wykluczenia go z postępowania, jednakże przedmiotowe pismo dotyczyło innego postępowania tj. „Rewaloryzacji Parku im. Wojciecha Bednarskiego”, znak sprawy: 105/2020. Izba, mając na uwadze orzeczenie w sprawie KIO 551/21, uznała, że argumentacja zawarta w ww.

piśmie nie miała znaczenia dla uwzględnienia odwołania w zakresie umów, do którego odnosiło się to orzeczenie. Podobnie okolicznością irrelevantną był fakt wniesienia skargi na wyrok Izby w sprawie KIO 551/21. Sam fakt wniesienia skargi na zapadły wyrok nie może podważyć czy zakwestionować dokonanego rozstrzygnięcia przez Izbę. Konsekwencją skutecznego wykluczenia odwołującego z postępowania było także odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) Pzp w związku z tym Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przedmiotowego przepisu i słusznie odrzucił ofertę odwołującego na tej podstawie. Podobnie w ocenie Izby odwołujący nie naruszył art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp. Skoro odwołujący został prawidłowo wykluczony z postępowania to czynność zamawiającego nie naruszała zasad udzielania zamówień.

Drugim istotnym zagadnieniem dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy było uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego i wykluczenia go z postępowania. O ile mając na uwadze orzeczenie wydane w sprawie KIO 551/21 zamawiający słusznie wykluczył odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp, to zasadność tego wykluczenia dotyczyła tylko nienależytego wykonania dwóch umów realizowanych przez Apis Polska Sp. z o.o. dla Gminy Skawina.

Odnosząc się do uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego i wykluczenia go z postępowania Izba stwierdziła, że podstawa uzasadnienia wykluczenia odwołującego, wskazująca na fakt odstąpienia od umów z winy wykonawcy, naliczenia kar umownych w związku z realizacją umów lub wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2) i 4) uprzednio obowiązującej ustawy, była na tyle ogólna i nieprecyzyjna, że nie odnosiła się – wbrew temu co twierdził zamawiający – do przyczyn uzasadniających wykluczenie odwołującego. Odstąpienie od umowy czy naliczenie kar umownych są jednymi z elementów konstrukcji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i to elementami wtórnymi oraz wynikowymi. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie umowy albo jej długotrwałe nienależyte wykonywanie w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednocześnie wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata.

Tym samym wszystkie, istotne z punktu widzenia zamawiającego, powody niewykonania lub nienależytego wykonania wskazanych umów, powinny znaleźć swoje szczegółowe i wyraźne odzwierciedlenie w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego. Jak wskazano powyżej w przedmiotowej sprawie uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego było ogólnikowe i nieprecyzyjne, a ponadto skupiło się w znacznej mierze na prezentacji orzecznictwa dotyczącego stosowania podanych przesłanek wykluczenia, bez odniesienia szeroko cytowanych fragmentów orzeczeń do realiów przedmiotowej sprawy. W związku z tym Izba doszła do przekonania, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez niewskazanie w informacji o wyborze oferty okoliczności na podstawie, których to zamawiający uznał, iż odwołujący jest winny poważnego wykroczenia zawodowego i dającego wyraz do przekonania, że nie wykonał lub nienależyte wykonał on przedmiot umowy. Samo uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego było niewystarczające do uznania, że dokonana przez niego czynność wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty była prawidłowa. Jednakże mając na uwadze treść wyroku o sygn. akt KIO 551/21 szeroko zacytowanego powyżej, w którym Izba przesądziła o zasadności wykluczenia wykonawcy Apis Polska Sp. z o.o. przez Gminę Skawina w związku z nienależytym wykonaniem dwóch wcześniejszych umów, skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołanie należy oddalić. Mimo braku szczegółowego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, zamawiający wskazał i powołał się w tym uzasadnieniu na obie umowy (*„Przebudowę i rozbudowę ogólnodostępnego boiska w Facimiechu, wraz z infrastrukturą rekreacyjną”* i *„Rozbudowę istniejącego placu zabaw w Grabi”*). W wyniku tego Izba doszła do przekonania, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było pominąć ww. orzeczenia i ustaleń poczynionych przy jego wydaniu.

W konsekwencji powyżej opisanej argumentacji Izba uznała, że potwierdził się także zarzut podniesiony w pkt 2 *petitum* odwołania dotyczący nieprawidłowego wykluczenia odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w odniesieniu do trzech inwestycji wymienionych w uzasadnieniu wykluczenia, które były świadczone na rzecz Gminy Rabka-Zdrój oraz zarzut wskazany w pkt 1 *petitum* odwołania odnoszący się do naruszenia ww. przepisu w części dotyczącej inwestycji polegającej na *Budowie ścieżki rowerowej na dz. Nr 755/1 w miejscowości Borek Szlachecki, Gmina Skawina* nr zamówienia ZP.271.26.IN.2019 umowa z dnia 8 sierpnia 2019 r. nr IN.271.4.22.2019.

Jednakże stwierdzone powyżej naruszenia nie miały wpływu na wynik postępowania ponieważ odwołujący i tak podlegałby wykluczeniu, ze względu na okoliczności stwierdzone w orzeczeniu oznaczonym sygn. akt KIO 551/21. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględniła odwołanie całości lub w części, jeżeli stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy, a mianowicie takiego, które wywarło wpływ lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. Ponieważ względem odwołującego ziściły się podstawy do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia (tj. podstawy o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 i 8 Pzp), wynik postępowania – pomimo uchybień zamawiającego w zakresie uzasadnienia czynności wykluczenia – nie może ulec zmianie, a zatem naruszenie przepisów Pzp przez zamawiającego w tym zakresie nie ma na ten wynik wpływu.

Dodatkowo Izba uznała, że dla zasadności wykluczenia nie mogły mieć znaczenia okoliczności przywoływane przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie lub na rozprawie, które nie zostały podniesione w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z dnia 12 maja 2021 r. Stąd też w stanie przedmiotowej sprawy Izba przyjęła, że zasadności czynności zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania nie potwierdziły dodatkowo ani okoliczności dotyczące realizacji inwestycji świadczonej przez Apis Polska Sp. z o.o. na rzecz Miasta Zakopane w ramach zadania nr 2017/1 *„Rewitalizacja terenu Górnej Równi Krupowej w Zakopanem, polegającego na budowie placu zabaw, siłowni zewnętrznej oraz placu treningu workout-street, ani twierdzenia odnoszące się do wykluczenia wykonawcy w ramach postępowania na „Rewaloryzację parku im. Wojciecha Bednarskiego”*.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:.....