Sygn. akt: KIO 2540/21

WYROK

z dnia 24 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę: M. F. i T. F. prowadzących spółkę cywilną pod nazwą Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „F." s.c. M. F., T. F. Niepoczołowice 3a, 84-223 Linia w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miejską Łeba

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadniony: zarzut nr 2 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 266 ust. 1 w związku z art.109 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), oraz uznając za nieuzasadniony zarzut nr 1 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 266 w związku z art.109 ust.1 pkt 7 w związku z art.253 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zarzut nr 3 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.16 pkt.1, 2, 3 w związku z art.17 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zarzut nr 4 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.266 w związku z art.128 ust.4 w związku z art.110 ust.1 i ust.2 oraz art.109 ust.1 pkt 7, a także art.266 w związku z art.109 ust.3 w związku z art.109 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129),

2. Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Chud-Bud A. C., nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, a także nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

3. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Łeba i wykonawcę: M. F. i T. F. prowadzących spółkę cywilną pod nazwą Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „F." s.c. M. F., T. F. Niepoczołowice 3a, 84-223 Linia i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. F. i T. F. prowadzących spółkę cywilną pod nazwą Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „F." s.c. M. F., T. F. Niepoczołowice 3a, 84-223 Linia tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Gminy Miejskiej Łeba na rzecz wykonawcy M. F. i T. F. prowadzących spółkę cywilną pod nazwą Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „F." s.c. M. F., T. F. Niepoczołowice 3a, 84-223 Linia kwotę 2 500 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3.3. znosi koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i koszty dojazdu na

rozprawę pełnomocników Zamawiającego wzajemnie pomiędzy Gminą Miejską Łeba a wykonawcą M. F. i T. F. prowadzących spółkę cywilną pod nazwą Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „F.” s.c. M. F., T. F. Niepoczołowice 3a, 84-223 Linia.

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 2540/21

Zamawiający: Gmina Miejska Łeba wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Przebudowa drogi gminnej nr 104061G ul. Turystycznej w Łebie, (znak sprawy RI.271.11.2021.MJ).

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 14 czerwca 2021 r. Biuletynie Zamówień Publicznych: pod nr 2021/BZP 00082282/01.

W dniu 23 sierpnia 2021 r. Zamawiający na stronie internetowej opublikował zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego: M. F. i T. F. prowadzącego spółkę cywilną pod nazwą Produkcja i Eksploatacja Kruszywa „F.”s.c. ze skutkiem odrzucenia jego oferty.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 30 sierpnia 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając

Zamawiającemu naruszenie: .

1. art. 266 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez . wykluczenie Odwołujących z udziału w postępowaniu z naruszeniem przywołanego przepisu polegającym na zaniechaniu sporządzenia przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego wskazanej czynności;

2. art. 266 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie Odwołujących, pomimo braku podstaw do skorzystania z powyższego przez Zamawiającego w niniejszym stanie faktycznym ze względu na brak wystąpienia wszystkich przesłanek wymaganych wskazanym przepisem;

3. art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie w prowadzonym postępowaniu równego traktowania , wykonawców, naruszenie zasad przejrzystości i proporcjonalności w prowadzonym postępowaniu, udzielenie zamówienia wykonawcy . wybranemu niezgodnie z. przepisami ustawy, udzielenie zamówienia z pominięciem wymogów stawianych przepisami ustawy Pzp;

4. z daleko idącej ostrożności Odwołujący zarzucił także naruszenie: .

1) art. 266 w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. 110 ust. 1 i 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego żądania wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, co doprowadziło do uniemożliwienia skorzystania przez Odwołujących z procedury przewidzianej w art. 110 Pzp,

tj. self-cleaning; zaniechanie zebrania przez Zamawiającego analizy stanowisk i dowodów

mogących być złożonych przez obie strony umowy, skorzystania przez Zamawiającego z nieuprawnionego uprzywilejowania na rynku zamówień publicznych i oparcie decyzji o wykluczeniu wyłącznie na subiektywnej ocenie Zamawiającego;

2) art. 266 w zw. z art. 109 ust. 3 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez

wykluczenie Odwołujących z postępowania w sytuacji gdy wykluczenie . było w sposób oczywisty nieproporcjonalne w stosunku do zakresu niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego; a które to naruszenia spowodowały niesłuszne wykluczenie Odwołujących i odrzucenie złożonej przez nich oferty oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z

naruszeniem przepisów Pzp.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania

oraz o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na .

wykluczeniu Odwołujących z przyczyny, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na

odrzuceniu oferty Odwołujących;

4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i oceny ofert;

5) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniej szej

oferty.

W zakresie postępowania dowodowego wnosił o przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

1. wydruku ze strony internetowej :
na fakt rozpoczęcia biegu terminu do złożenia niniejszego Odwołania,

2. wydruku wiadomości e-mail do Odwołujących — na fakt rozpoczęcia biegu terminu do złożenia niniejszego Odwołania,

3. zestawienia ofert — na fakt cen przedstawionych w ofertach wykonawców, zaproponowania przez Odwołujących najkorzystniejszej ceny,

4. ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty — na fakt uzasadnienia wykluczenia Odwołujących;

5. protokołu odbioru z dnia 18 stycznia 2021 r. — na fakt odebrania robót budowlanych prowadzonych w ramach zadania pn. „Przebudowa z rozbudową ulicy

Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst” bez zastrzeżeń,

6. protokołu z przeglądu gwarancyjnego na fakt korzystania przez Zamawiającego z uprawnień gwarancyjnych przysługujących mu na podstawie umowy nr RI.272.23.2020.MJ,

7. pism Zamawiającego z dnia 4 maja, 17 maja, 1 czerwca 2021 r. — na fakt

daty i zakresu roszczeń zgłaszanych przez Zamawiającego w związku z zadaniem pn.

„Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst”,

8. umowy nr RI.272.23.2020.MJ — na fakt zawarcia umowy na realizację zadania pn. „Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst”, okresu udzielonej gwarancji,

9. harmonogramu rzeczowo-finansowego — na fakt zakresu i terminów prac prowadzonych przez wykonawców z tytułu realizacji zadania pn.„Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11 -go listopada do mostu na rzece Chełst”,

10. pisma Wykonawcy z dnia 22 grudnia 2020 r. wraz z załącznikiem — na fakt zgłaszania przez Odwołujących okoliczności związanych z utrudnieniami w realizacji powyższego zadania , a powstałych z przyczyn nieleżących po stronie Wykonawcy.

Dodatkowo, wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwłaszcza kwotę uiszczonego wpisu, a także kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów poniesionej opłaty skarbowej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 23 sierpnia 2021 r. nastąpiło ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty. Do chwili upływu terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęły 4 oferty. Zgodnie ze wskazaniami Zamawiającego z postępowania wykluczono wykonawcę nr 4, tj. Odwołującego, zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 7 z uwagi na to, że w postępowaniu pn. Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst nr RI.271.19.2020.MJ, realizowanym w roku 2020 i zakończonym w 2021r Gmina Miejska Łeba zrealizowała uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt, 2 lit. a) oferta Odwołującego została odrzucona.

Zdaniem Odwołującego - nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający niesłusznie i bezpodstawnie wykluczył Odwołującego, a tym samym niesłusznie i bezpodstawnie, z naruszeniem przepisów Pzp odrzucił ofertę Odwołujących.

Według Odwołującego - Zamawiający opierając się o przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp miła obowiązek podać uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności, a także powinien odnieść się do wszystkich przesłanek wynikających z wymienionego przepisu, które powinny być spełnione łącznie.

Argumentował, że musi on wykazać, że do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę w charakterze istotnym bądź uporczywym. To obowiązkiem zamawiającego jest ustalenie czy, a jeżeli tak, to jakie fakty przemawiają za spełnieniem przesłanek wykluczenia.

Tymczasem - w ocenie Odwołującego - w niniejszym postępowaniu Zamawiający rażąco naruszył art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w myśl którego niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne - Zamawiający nie podał w uzasadnieniu, czy doszło do niewykonania czy też nienależytego wykonania umowy, na czym dokładnie polegało powyższe, z czyich przyczyn to niewykonanie/niewykonanie należyte nastąpiło, nie wiadomo ponadto, dlaczego Zamawiający uważa, że nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny.

Nie ulega wątpliwości Odwołującego, iż lakoniczne uzasadnienie Zamawiającego o treści: „Z postępowania wykluczono wykonawcę nr 4 zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 7 z uwagi na to, że w postępowaniu pn. Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst nr Pd. 271.19.2020.MJ realizowanym w roku 2020 i zakończonym w 2021r Gmina Miejska Łeba zrealizowała uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. Zgodnie z art. 226 ust. I pkt. 2 lit. a) oferta nr 4 zostaje odrzucona” w żaden sposób nie czyni zadość wymogom stawianym przez przepisy ustawy Pzp, w tym zwłaszcza art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzucił, że Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił, czym się kierował uznając, iż winien wykluczyć Odwołującego, brak jest wskazania czy doszło do niewykonania czy nienależytego wykonania umowy, na czym dokładnie polegały działania lub zaniechania wykonawcy w wykonaniu tegoż przedmiotu umowy i dlaczego zostały one uznane za wadliwe, dalej — brak jest jakiegokolwiek odniesienia się czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało charakter istotny.

Podniósł, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu zdaje się kierować wyłącznie przesłanką skorzystania z rękojmi, ignorując przy tym całkowicie resztę dyspozycji art. 109

ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zapowiedział, że tak skonstruowane uzasadnienie uniemożliwia Odwołującemu przygotowanie obrony, zmuszając ich niejako do zgadywania, co kierowało Zamawiającym przy podejmowaniu zaskarżanej czynności wykluczenia Odwołujących z postępowania.

Odwołujący dostrzegł również brak zrealizowania przesłanek wymaganych do skorzystania z wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który przewiduje możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Wywodził, że w odniesieniu do podstawy wykluczenia wskazanej w 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wykluczenie dopuszczalne jest jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą czy też skorzystania z rękojmi. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy, zasądzenia odszkodowania lub skorzystania z rękojmi doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że zamawiający zobligowany jest wykazać, iż wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy.

Nie ulega wątpliwości Odwołującego, iż do wykluczenia wykonawcy niezbędne jest łączne zaistnienie wszystkich przesłanek wskazanych w przywołanym przepisie tj.:

1. niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zaistniało z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy,

3. skutkiem okoliczności, o których mowa w usto 1 i 2 powyżej, była realizacja przez zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Odnośnie okoliczności utraty rękojmi wskazał, iż zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego wykluczenie Odwołującego nastąpiło zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp z uwagi na to, że w postępowaniu pn. Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst nr RI.271.19.2020.MJ, realizowanym w roku 2020 i zakończonym w 2021r Gmina Miejska Łeba zrealizowała uprawnienia z tytułu rękojmi za wady.

W związku z tym zwrócił uwagę, że Kodeksie cywilnym nie ma szczegółowych unormowań dotyczących rękojmi za wady wykonanych robót budowlanych. Zgodnie z art. 656 1 k.c. „do rękojmi za wady wykonanego obiektu stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło". Przepis ten odsyła do art. 638 l k.c., który stanowi, że „Do odpowiedzialności za wady dzieła stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży." Tym samym w przypadku umów o roboty budowlane stosuje się „odpowiednio" przepisy o rękojmi przy sprzedaży.

Odwołujący zauważył również, że w myśl art. 563 § 1 i 2 kodeksu cywilnego przy sprzedaży między przedsiębiorcami kupujący traci uprawnienia z tytułu rękojmi, jeżeli nie zbadał rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie sprzedawcy o wadzie, a w przypadku gdy wada wyszła na jaw dopiero później - jeżeli nie zawiadomił sprzedawcy niezwłocznie po jej stwierdzeniu. Do zachowania powyższego terminu wystawą wysłanie przed jego upływem zawiadomienia o wadzie.

Przywołał artykuł 563 KC nakładający na kupującego obowiązek dokonania aktów staranności w postaci zbadania rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach danego rodzaju oraz niezwłocznego zawiadomienia sprzedawcy o wadzie pod rygorem utraty uprawnień z tytułu rękojmi.

Wyjaśnił przy tym, że w swoim brzmieniu odnosi się jedynie do umów sprzedaży zawieranych w obrocie profesjonalnym. Przepis ten wymaga zbadania rzeczy przez kupującego w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju oraz niezwłocznego zawiadomienia sprzedawcy o istnieniu wady, a w przypadku, gdy wada wyszła na jaw dopiero później — zawiadomienia sprzedawcy o wadzie niezwłocznie po jej stwierdzeniu (art. 563 1 KC). Przepis wprowadza zatem rozróżnienie na wady jawne (które powinny zostać wykryte w ramach badania przyjętego dla rzeczy danego rodzaju) oraz wady ukryte (które wyszły na jaw dopiero później). W razie niedochowania aktów staranności przewidzianych w art. 563 $ 1 KC, kupujący traci uprawnienia wynikające z rękojmi. W przypadku wad jawnych utrata uprawnień przez kupującego następuje niezależnie od tego, czy wady te zostały faktycznie stwierdzone.

W świetle komentowanego przepisu nie ma bowiem znaczenia, czy kupujący rzeczywiście zbadał rzecz i wykrył wadę. Istotne jest jedynie to, że dana wada mogła zostać wykryta, gdyby rzecz została prawidłowo zbadana i że kupujący nie zawiadomił sprzedawcy o istnieniu takiej wady niezwłocznie po upływie czasu właściwego dla zbadania rzeczy danego rodzaju. Z kolei w przypadku wad ukrytych, utrata uprawnień przez kupującego wymaga rzeczywistego stwierdzenia istnienia wady (R. Trzaskowski, w: Gudowski, Komentarz, ks. I, cz. 1, 2017, art. 563, Nb 5).

Dalej, eksplikował, że termin do poinformowania sprzedawcy o wadzie, o którym mowa w art. 563 § 1 KC, w przypadku wad jawnych odpowiada okresowi, który jest potrzebny do należytego zbadania rzeczy i do niezwłocznego powiadomienia sprzedawcy o wadzie. Używając w art. 563 1 KC niedookreślonego zwrotu „niezwłocznie" ustawodawca pozostawił organowi orzekającemu swobodę dokonania oceny, czy w okolicznościach konkretnej sprawy zawiadomienie sprzedawcy o wadzie rzeczy nastąpiło bez nieuzasadnione zwłoki. Nie sposób przyjmować tutaj obowiązywania sztywnego terminu. Wprawdzie zwykle wskazuje się, że pod pojęciem „niezwłocznie" należy rozumieć okres maksimum 14 dni (zob. np. wyr. SN z 7.2.2008 r., V CSK 410/07, Legalis; wyr. SA w Białymstoku z 21.3.2019 r., I AGa 198/18, Legalis), niemniej termin ten może być traktowany jedynie jako wskazówka, ponieważ w okolicznościach konkretnej sprawy, „niezwłoczne" zawiadomienie o wadzie może omaczać termin dłuższy lub krótszy (wyr. SN z 7.2.2008 r., V CSK 410/07, Legalis).

Zaznaczył, że czas i sposób zbadania rzeczy przyjęty dla rzeczy danego rodzaju, o którym mowa w art. 563 KC, może wynikać zarówno z ustalonych zwyczajów przyjętych w obrocie gospodarczym, jak i z praktyki wypracowanej między stronami konkretnej umowy sprzedaży, jeżeli pozostają one ze sobą w długotrwałych stosunkach gospodarczych. Zakres obowiązku zbadania rzeczy jest uzależniony od okoliczności konkretnej sprawy, wielkości dostawy czy rodzaju rzeczy. Konsekwencją niedopełnienia przez kupującego aktów

staranności przewidzianych w art. 563 KC jest wyłącznie utrata uprawnień wynikających z rękojmi.

Tymczasem Odwołujący wskazał, iż 18 stycznia 2021 r. doszło do odbioru przedmiotu zamówienia pn. „Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul, 11-go listopada do mostu na rzece Chełst".

Wchodząc w szczegóły Odwołujący podał, że zgodnie z protokołem odbioru, na którym obecni byli Przedstawiciele Inwestora, Inspektorzy nadzoru, Kierownik budowy, a także Przedstawiciel Wykonawcy, stwierdzono iż: „Po dokładnej kontroli robót oraz na podstawie przedstawionych dokumentów stwierdza się, że przedmiot odbioru końcowego i przekazania do użytku zadania inwestycyjnego, stanowią roboty przedstawione w dokumentacji powykonawczej i w umowie. (..) Przedmiot umowy został wykonany w umownym terminie i zgodnie z dokumentacją projektową". Strony nie wniosły żadnych zastrzeżeń, co do prac wykonanych przez Wykonawcę, nadto wskazano, iż z tytułu realizacji przedmiotowego zadania zostanie wypłacona całość wynagrodzenia należna Wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, iż dokonując odbioru robót bez zastrzeżeń, potwierdzając ich wykonanie zgodnie z umową i projektami, nadto wypłacając całość wynagrodzenia należnego Wykonawcy, Zamawiający potwierdził prawidłowość wykonanych robót.

Tymczasem, kontynuując wywód odwołania, Odwołujący wytłumaczył, że w dniu 5 marca 2021 r. na podstawie protokołu z przeglądu gwarancyjnego stwierdzono, iż należy wyrównać kostki na jezdniach ze względu na nierówności przekraczające dopuszczalną wartość, uzupełnić spoinowanie i fugowanie, a także uzupełnić kosze na śmieci, ławki oraz zieleń. W ślad za powyższym Zamawiający przesłał również pisma, w których wzywał Wykonawcę do naprawy rolety i ściany oraz czyszczenia kostki.

Według Odwołującego - wady, których naprawienia domagał się Zamawiający, stanowiły wady jawne, w tym zwłaszcza te dotyczące uzupełnienia ilości koszy, ławek, zieleni czy też naprawy rolety i ściany. Dowód: protokół z przeglądu gwarancyjnego, pisma Zamawiającego z dnia 4 maja, 17 maja, 1 czerwca 2021 r.

Zarzucił przy tym, że pomimo jednak możności zauważenia tychże wad gołym okiem, Zamawiający zdecydował się odebrać przedmiot zamówienia bez zastrzeżeń i dokonać zapłaty całego należnego wynagrodzenia Wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe nie ulega wątpliwości Odwołującego, iż Zamawiający utracił rękojmię w zakresie powyższych nieprawidłowości, ponieważ nie dochował aktów staranności wymaganych przepisami art. 563 1 KC. Wady, na których istnienie powoływał się Zamawiający, zostały zgłoszone ponad dwa miesiące po dokonaniu odbioru bez zastrzeżeń, podczas gdy możliwość stwierdzenia ich wystąpienia istniała już w chwili dokonywania odbioru przez Strony umowy.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Odwołujący uznał, iż albo Zamawiający dokonując odbioru zadania pn. „Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst" dopuścił się rażącego niedbalstwa przy dokonywaniu wskazanego odbioru nie badając kompletności i jakości wykonanego zadania lub też należałoby uznać, iż w przypadku dokonania czynności odbiorowych z należytą starannością, zaniechał obowiązkowi dokonania niezwłocznego zgłoszenia zauważonych wad.

Mając na uwadze powyższe, stwierdził, iż Zamawiający utracił uprawnienia wynikające z rękojmi, a tym samym w niniejszym postępowaniu nie została zrealizowana dyspozycja art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, na którą powoływał się Zamawiający tj. zrealizowanie uprawnień z rękojmi.

Według Odwołującego - Zamawiający utracił uprawnienia przysługujące mu z tytułu udzielonej przez Wykonawców rękojmi, a w umowie nr RI.272.23.2020.MJ, dotyczącej realizacji zadania pn. „Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst" wskazano, iż Wykonawca udziela Zamawiającemu 84-miesięcznej gwarancji (§ 11 ust. 1 Umowy).

Biorąc pod uwagę powyższe, a także sporządzony przez strony dokument o nazwie „Przegląd gwarancyjny", datowany na dzień 5 marca 2021 r., nie ulega wątpliwości Odwołującego, iż Zamawiający realizował wobec Wykonawcy przysługujące mu uprawnienia z tytułu gwarancji.

Podniósł, że w literaturze prawniczej wskazuje się, że dyspozycją przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie objęto roszczeń gwarancyjnych, zatem jeśli naprawa wad przedmiotu zamówienia będzie realizowana na podstawie udzielonej przez wykonawcę gwarancji, to nawet jeśli wady będą znaczące, nie będzie to stanowiło przesłanki wykluczenia (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Janicka, Agnieszka Matusiak, 2021).

W odniesieniu do zakresu niewykonanych lub nienależycie wykonanych świadczeń Odwołujący z daleko idącej ostrożności, wskazał, że gdyby nawet uznać, iż Zamawiający realizował uprawnienia wynikające z rękojmi, czemu jednak Odwołujący stanowczo zaprzeczył i wskazał, iż zgodnie z dyspozycją art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, aby możliwe było wykluczenie wykonawcy ze względu na skorzystanie przez zamawiającego z uprawnień wynikających z rękojmi, powyższe musi być skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podniósł, iż nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części daje podstawę do wykluczenia wykonawcy.

Przekonywał, że przy ocenie, czy stopień niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wystarczająco „znaczny", należy wziąć pod uwagę zarówno kryteria jakościowe, takie jak brak wymaganej staranności lub stopień wadliwości dostarczonego produktu, świadczonej usługi lub wykonanego obiektu budowlanego, jak i ilościowe, biorąc pod uwagę zakres niewykonanych lub nienależycie wykonanych świadczeń oraz rozmiar wynikłych stąd szkód.

Wywodził, że według kryteriów jakościowych stopniować można nienależyte wykonanie zobowiązania. Stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest niewątpliwie znaczący, jeżeli zachowanie wykonawcy wykazuje na poważne niedbalstwo, polegające na znacznym odchyleniu się od wzorca należytej staranności. Według ustawodawcy europeiskiego poważnym brakiem w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześnieiszego zamówienia iest np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy (por. motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej) (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, 2021).

Zwrócił uwagę, iż zakres świadczenia wykonawców, zrealizowany przy wykonywaniu zadania pn. „Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11 -go listopada do mostu na rzece Chełst", który Zamawiający mógłby ewentualnie uznać za niewykonany bądź wykonany nienależycie w żadnym stopniu nie spełnia przesłanki niewykonania lub nienależytego wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie istotnego zobowiązania, bowiem z pisma wynika Zamawiającego z dnia 17 maja 2021r. maksymalna kwota roszczenia wyliczona przez Zamawiającego z tytułu wykrytych wad wynosiła 46.213,33 zł.

W związku z powyższym Odwołujący powołał się na okoliczność ustalenia kwoty wynagrodzenia należnego wykonawcy w § 3 ust. 1 umowy nr RI.272.23.2020.MJ na

realizację zadania pn. „Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst” w kwocie 2.199.635,84 zł brutto.

Tym samym - zdaniem Odwołującego - wartość niewykonanych bądź nienależycie wykonanych przez Odwołujących świadczeń wynosiła 2,1% wartości umowy.

W ocenie Odwołującego - wady, na których istnienie powoływał się Zamawiający, w żaden sposób nie wpływały na użyteczność przedmiotu umowy. Możliwe było prawidłowe korzystanie z drogi i chodników, zaś przeważająca większość roszczeń Zamawiającego dotyczyła konieczności uzupełnienia zieleni.

Odwołujący w swoim odwołaniu stwierdził, że brak było winy wykonawcy z tytułu nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia.

W przekonaniu Odwołującego - Zamawiający nie wykazał, aby niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

Odwołujący stanowczo zaprzeczył, jakoby wady, na których istnienie powoływał się Zamawiający, powstały z wyłącznej winy Odwołującego, bowiem zadanie pn. „Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst” realizowane było w czasie epidemii COVID-19 (pismo Wykonawcy z dnia 22 grudnia 2020 r. wraz z załącznikiem).

Odnosząc się do przywołanych przez Zamawiającego wad wskazał, iż w kwestii konieczności uzupełnienia zieleni powyższe było przyczyną złych warunków atmosferycznych w czasie realizacji umowy.

Odwołujący oświadczył, że pragnąc wykonać nasadzenia w sposób należyty, uzależniony w tym wypadku był od pogody, zwłaszcza iż roboty budowlane realizowane były w okresie od września do stycznia.

Wyjaśnił również, dla zachowania prawidłowej kolejności działań, niemożliwe było uprzednie dokonanie nasadzeń, a następnie przystąpienie do wykonania robót budowlanych. Wykonawca obowiązany był najpierw do przeprowadzenia robót rozbiórkowych, ziemnych, remontu sieci i przyłączy wodociągowych, wykonania podbudowy, elementów ulic i nawierzchni. Dopiero po wykonaniu powyższych prac możliwe było wykonanie nasadzeń, zainstalowanie ławek i koszy, jednak wyjątkowo mroźna i długa zima 2020/2021 spowodowała niemożność wykonania wszystkich wskazanych robót, ze względu na zmarzniętą ziemię oraz wyjątkowo liczne opady śniegu. Powołał się w tym zakresie na harmonogram rzeczowo-finansowy.

W kwestii zaś spoinowania i fugowania drogi oraz czyszczenia kostki/kamienia wyjaśnił, że powyższe nie stanowiło wady przedmiotu zamówienia, lecz zwyczajny skutek użytkowania drogi i chodników.

Odwołujący zarzucił również naruszenie podstawowych zasad postępowania, tj.

zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny i przejrzysty.

Według Odwołującego - Zamawiający na podstawie własnych, subiektywnych odczuć zastosował wobec Odwołującego wykluczenie z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, nie dokonując przy tym żadnej analizy stanu faktycznego i prawnego, nie wzywając Odwołujących do przedstawienia jakichkolwiek dowodów bądź stanowiska, które

umożliwiłyby chociaż weryfikację kwestii winy wykonawcy w kontekście niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu zaniechanie skutkujące uniemożliwieniem zastosowania procedury selfcleaning.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający zobligowany był do umożliwienia zajęcia stanowiska przez Odwołującego w zakresie prawidłowości realizacji zadania pn. „Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst" i wypowiedzenia się w powyższym zakresie oraz ewentualnych zarzutów stawianych przez Zamawiającego, przedstawienia dowodów.

Powyższe, według Odwołującego - powyższe powinno obligować Zamawiającego do umożliwienia wykonawcy skorzystania z procedury przewidzianej w art. 110 Pzp, tj. self-cleaning. Tymczasem w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie miał możliwości udowodnienia Zamawiającemu, że podjął odpowiednie działania zaradcze oraz spełnił wszystkie przesłanki wymagane art. 110 Pzp, które wykazałyby ich rzetelność i niepodleganie wykluczeniu.

Zdaniem Odwołującego - takie działania Zamawiającego stanowią naruszenie art. 266 w zw. z art. 128 ust. 4 Pzp w zw. 110 ust. 1 i 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Nie ulega wątpliwości Odwołującego, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający decydując się na jego wykluczenie, oparł się wyłącznie na własnych subiektywnych odczuciach, nie dając mu możliwości wypowiedzenia się i wykazania ich rzetelności.

Odwołujący przekonywał również, że jego wykluczenie był nieproporcjonalne.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 109 ust. 3 Pzp w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności, gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stanął na stanowisku, iż w niniejszym stanie faktycznym jego wykluczenie z postępowania było w sposób oczywisty nieproporcjonalne w porównaniu do „naruszeń" jakich mieliby dopuścić się Odwołujący przy realizacji zadania pn. Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst.

W związku z tym jeszcze raz podkreślił, iż zakres niewykonania lub nienależytego wykonania, jakiego mieliby dopuścić się Odwołujący, wynosiłby 2,1% wartości realizowanej umowy, a swoim zakresem w żaden sposób nie wpłynął na prawidłowość użytkowania przedmiotu umowy.

Wskazał przy tym, iż Odwołujący wykonali szereg napraw, których domagał się Zamawiający w związku ze zgłoszonymi wadami (pisma Zamawiającego z dnia 4 maja, 17 maja, 1 czerwca 2021 r.).

Na marginesie Odwołujący wskazał, iż na przestrzeni lat realizował na rzecz Zamawiającego szereg robót budowlanych, z których wszystkie zostały odebrane bez zastrzeżeń:

1. Przebudowa ulicy Powstańców Warszawy Etap I- w roku 2017;

2. Przebudowa ulicy Matejki i Sosnowej — w roku 2018;

3. Przebudowa ulicy Paderewskiego — w roku 2018;

4. Przebudowa ulicy Powstańców Warszawy Etap II- w roku 2019;

5. Przebudowa ulicy Powstańców Warszawy Etap III- w roku 2019;

6. Modernizacja ulicy Obrońców Westerplatte - w roku 2019.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia, Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania wraz z załączonymi dowodami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 31 sierpnia 2021 r. wraz z załączonymi dowodami , jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i przedłożonych dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić w części, uznając za uzasadniony: zarzut nr 2 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 266 ust. 1 w związku z art.109 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), oraz uznając za nieuzasadniony zarzut nr 1 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 266 w związku z art.109 ust.1 pkt 7 w związku z art.253 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zarzut nr 3 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.16 pkt.1, 2, 3 w związku z art.17 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zarzut nr 4 - naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.266 w związku z art.128 ust.4 w związku z art.110 ust.1 i ust.2 oraz art.109 ust.1 pkt 7, a także art.266 w związku z art.109 ust.3 w związku z art.109 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129).

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania meritum sprawy, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy w ramach postępowania odwoławczego, Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia powołanych wyżej przepisów prawa, zaś w pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Odwołujący został wykluczony z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ze skutkiem odrzucenia jego oferty w granicach przepisu art.109 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp.

W związku z tym Izba ustaliła, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z postępowania Zamawiający motywował, że wykluczono wykonawcę nr 4 (Odwołujący) zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp z uwagi na to, że w postępowaniu pn. Przebudowa z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst nr RI.271.19.2020.MJ, realizowanym w roku 2020 i zakończonym w 2021r Gmina Miejska Łeba zrealizowała uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) oferta nr 4 zostaje odrzucona.

Mając na uwadze powyższą treść wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu oraz odrzucenia jego oferty Izba uznała, że Zamawiający spełnił minimalne wymagania przepisu art.253 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy

złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zdaniem Izby - zarówno podstawa prawna do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i odrzucenia jego oferty zostały wskazane przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny.

To samo dotyczy uzasadnienia faktycznego, gdzie wskazano okoliczność zrealizowania przez Zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi za wady w ramach umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym na Przebudowę z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst, gdzie powołana wyżej okoliczność faktyczna, jako mająca miejsce nie mogła budzić wątpliwości o jakie zdarzenie chodzi.

Natomiast, odmienną rzeczą jest to, czy Zamawiający dokonał prawidłowej oceny przesłanek z art.109 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym to przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może on 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.

Dokonując analizy dowodów przedłożonych przez strony, Izba doszła do przekonania, że w istocie doszło do naruszenia obowiązków umownych po stronie Odwołującego, jednak Zamawiający nie wykazał, że doszło do nienależytego wykonania zobowiązania w znacznym stopniu lub zakresie.

Izba ustaliła, że zawarta pomiędzy stronami umowa z dnia 6 sierpnia 2020 r. na Przebudowę z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst przewidywała wynagrodzenie w kwocie 2 199 635, 84 zł brutto.

Na podstawie wyjaśnień Zamawiającego Izba stwierdziła, że wartość roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonanej zieleni wynosiła około 30 000 zł (kwota wynikająca z wypłaconej przez ubezpieczyciela TUiR Warta S.A. gwarancji należytego wykonania umowy wynosiła 32 994, 54 zł - pismo z dnia 16 sierpnia 2021 r.) i została zaspokojona z przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej w całości.

Zamawiający również przyznał, że istotne znaczenie miała zieleń, która nie została wykonana w terminie umownym, ponieważ odbiór nastąpił w styczniu, a w tym okresie nie można było wykonać prac zw. z zielenią i wobec tego Odwołujący był zobowiązany do przeprowadzenia tych prac w terminie do 30 kwietnia 2021 r. (dowód - protokół przeglądu gwarancyjnego z dnia 5 marca 2021 r.). Ostatecznie Zamawiający wyjaśnił, że tylko drzewa zasadzono.

Bezsporne pomiędzy stronami było to, że Odwołujący nie wykonał nasadzenia z wyjątkiem zadrzewienia na wyżej wskazaną kwotę.

Powyższe okoliczności wbrew treści spornego uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z przetargu potwierdzają, że przedmiotowe roszczenie o zapłatę zostało realizowane z tytułu gwarancji należytego wykonania umowy, a nie rękojmi za wady przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe fakty, Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nienależycie wykonał swoje zobowiązania w granicach prac związanych z obowiązkiem wykonania nasadzenia zieleni w kwocie 32 994, 54 zł, jednak nie można uznać tego naruszenia obowiązków umownych za nienależyte wykonanie umowy w znacznym stopniu

lub zakresie.

Przede wszystkim, wymaga wskazania, że przedmiotem zamówienia publicznego - kontraktu przebudowy z rozbudową ulicy Kościuszki w Łebie na odcinku od ul. 11-go listopada do mostu na rzece Chełst były przede wszystkim roboty budowalne, które to zostały wykonane w całości, a nienależycie wykonane zamówienie w części dotyczyło jedynie zieleni w kwocie wyżej wskazanej.

Według Izby - prace związane z nasadzeniem zieleni miały charakter akcesoryjny, a ich realizacja była uzależniona od wykonania robót budowlanych.

Izba wzięła pod uwagę przy ocenie przesłanki nienależytego wykonania zobowiązania w znacznym stopniu lub zakresie okoliczność, że wartość robót budowlanych na powyższym kontrakcie wielokrotnie przekraczała wartość prac związanych z urządzeniem zieleni, a zakres tych spornych prac był również znacznie poniżej wykonanych robót budowlanych.

W takiej sytuacji Zamawiający nie mógł zatem skorzystać z dyspozycji przepisu art. 109 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, bowiem wykluczenie wykonawcy na podstawie tego przepisu jest prawnie dopuszczalne jedynie w warunkach gdy wykonawca między innymi, 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.

Jednocześnie przy ocenie tej sytuacji ograniczone znaczenie ma okoliczność czy Odwołujący działał w warunkach zawinienia, skoro co zostało wyżej wykazane nie doszło do nie wykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w znacznym stopniu lub zakresie.

Wobec powyższego wszelkie dowody w tym zakresie nie mają - zdaniem Izby - większego znaczenia dla oceny zasadności czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z przetargu.

W dalszej części Izba za bezzasadny uznała zarzut odwołania związany z zaniechaniem skutkującym uniemożliwieniem zastosowania procedury self-cleaning.

Przede wszystkim wymaga wskazania, że przepis art.128 ust.4 ustawy Pzp umożliwia Zamawiającemu żądanie od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie miał takiego obowiązku z tego względu, że okoliczności faktyczne związane z przedmiotową sprawą były mu znane, a ocena zachowania Odwołującego doprowadziła do jego wykluczenia z przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty, która to czynność z kolei podlegała rozstrzygnięciu w niniejszym postępowaniu odwoławczym w zakresie oceny jej zasadności.

Jednocześnie, jeżeli Odwołujący uznał, że wobec niego zachodzi podstawa do zastosowania przepisu art.110 ust.2 ustawy Pzp, umożliwiającego jego samooczyszczenie, to powinien z niej skorzystać bez odrębnego wezwania Zamawiającego.

Ostatecznie, biorąc pod uwagę, że przedmiotowa sprawa miała charakter indywidualny, bowiem tylko pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym istniał spór prawny na tle cyt. wyżej umowy trudno byłoby przyjąć, że doszło do naruszenia przepisów art.16 i art.17 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art.553 w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić w części, uznając wyżej wskazany zarzut odwołania za uzasadniony, pozostałe zaś zarzuty odwołania za nieuzasadnione.

W odniesieniu do kosztów postępowania odwoławczego należy wskazać, że zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) cyt. wyżej rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Jednocześnie w ust. 3 powołanego wyżej przewidziano, że w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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

Przewodniczący:.....