

**WYROK**

Warszawa, dnia 9 kwietnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca: Maria Kacprzyk  
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2024 r. przez wykonawcę D.C. prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą: D.C. "Drims" z siedzibą w Koninie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Konin przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy Garte Polska sp. z o.o. z siedzibą w Swarzędzu

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego D.C. prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą: D.C. "Drims" z siedzibą w Koninie, tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

**Sygn. akt: KIO 918/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Konin, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie Zielonego Podwórka Miejskiego - Rynku”, znak sprawy: WP.042.2.2024, dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00069426/01 z dnia 26 stycznia 2024 r. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 7 lutego 2024 roku Odwołujący – D.C. "DRIMS" z siedzibą w Koninie (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) wykluczenia Odwołującego z postępowania, a także odrzucenia oferty Odwołującego pomimo, że wobec Odwołującego nie zaistniały podstawy do wykluczenia z postępowania i w konsekwencji do odrzucenia jego oferty,
- 2) nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Garte Polska sp. z o.o., ul. Słoneczna 5, 62-020 Swarzędz (dalej jako „Garte Polska”),
- 3) zaniechania uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 7 i art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i następcze odrzucenie oferty Odwołującego (bez podania uzasadnienia prawnego w piśmie z 14.03.2024 r. – przyp. aut. z tzw. ostrożności procesowej), a w konsekwencji nie wybranie jej jako najkorzystniejszej pomimo, że wobec Odwołującego nie zachodziły wymienione podstawy wykluczenia z postępowania, a tym samym podstawa odrzucenia oferty, co przedstawia się szczegółowo w uzasadnieniu odwołania;

- 2) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Garte Polska, unieważnienia czynności wykluczenia

Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, z uwagi na brak zaistnienia wobec Odwołującego podstaw wykluczenia z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, w konsekwencji uwzględnienia odwołania.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych powyżej przepisów Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku, zaś skutkiem zaskarżonych czynności Zamawiającego Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia, utratę spodziewanego zysku z wykonania zamówienia oraz poniesienie kosztów w związku z przygotowaniem oferty.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący zakwestionował obok wyboru oferty najkorzystniejszej Garte Polska, czynność polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 Pzp oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Podkreślił, że Zamawiający nie zawarł w zawiadomieniu uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia oferty, przedstawiając tylko uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia z postępowania.

W zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, Odwołujący wskazał, że podnoszone przez Zamawiającego ustalenia dotyczące okoliczności mających miejsce w 2018 r., w tym ukarania karą umowną w 2018 r., a więc w okresie wykraczającym znacznie poza 3 letni okres umożliwiający wykluczenie jest bezprzedmiotowe z punktu widzenia oceny Odwołującego w świetle art. 111 pkt. 4 Pzp.

Ponadto Odwołujący przedstawił stan prawny z uwzględnieniem przepisów unijnych oraz dorobku doktryny. Podkreślił co do przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, że w celu jego zastosowania konieczne jest wykazanie kumulatywnego wystąpienia przesłanek w nim wskazanych (zob. np. wyrok KIO z dnia 5 lipca 2022 r., KIO 1588/22). Zamawiający powinien zatem wykazać, że zachowanie miało związek po pierwsze z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, w wyniku prowadzonego zamówienia publicznego. Po drugie, niewykonanie lub nienależyte wykonanie musi mieć postać poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, które podważa uczciwość wykonawcy. Po trzecie, naruszenie musi być zawinione przez wykonawcę, tj. przez działanie zamierzone lub będące efektem rażącego niedbalstwa. Podkreślił ponadto, że nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia, ale takie które ma charakter kwalifikowany, muszą być to takie naruszenia, które zasadniczo zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa.

Odwołujący nie zgodził się, jakoby pozostawał bierny w kontaktach z ZDM w Koninie podczas realizacji prac w ramach skorzystania z uprawnień gwarancyjnych. Zauważył, że o usterkach powiadomiono pismem z 25.06.2020 r., informując go, że ZDM w Koninie zamierza skorzystać z uprawnień gwarancyjnych wynikających z umowy i zwołując spotkanie na obiekcie w dniu 30.06.2020 r. w celu doprecyzowania m.in. sposobu i terminu dokonania napraw gwarancyjnych, zaś ten okres był okresem nasilonej pandemii COVID-19, kiedy to drastycznej zmianie uległy warunki prowadzenia procesów inwestycyjnych oraz całe otoczenie biznesowe branży budowlanej. Na dowód korespondencji przedłożył kopie maila do odwołania, za okres 2022 r.

Co do zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Odwołujący także przytoczył stan prawny z uwzględnieniem ustawodawstwa unijnego oraz podkreślił, że z uwagi na sankcyjny charakter przepisu, którego skutkiem jest pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania

się o zamówienie – wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie. Zdaniem Odwołującego, aby spełniła się powyższa przesłanka wykluczenia wykonawca musiałby znacznym stopniu lub zakresie nie wykonać lub nienależycie wykonać albo długotrwale nienależycie wykonywać istotne zobowiązanie, wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji (jest to pierwszy warunek - przyczyna), co musiałoby jednocześnie wywołać skutek w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (warunek drugi - skutek). Co istotne w niniejszej sprawie, jeżeli spełniony zostanie tylko jeden warunek i brak jest na przykład skutku, i to wyłącznie takiego, który został powyżej wskazany i opisany (a tak jest w niniejszej sprawie, gdyż brak skutku w postaci choćby wykonania zastępczego czy też skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi za wady), zamawiający nie może zastosować wobec wykonawcy opisanej powyżej przesłanki wykluczenia. Odwołujący zajął stanowisko, że nie zaistniał drugi z elementów, ponieważ roszczenia były realizowane z tytułu gwarancji, a nie rękojmi. Co do wykonania zastępczego – w wyroku zapadłym pomiędzy stronami zawarto jedynie alternatywne upoważnienie ZDM w Koninie do skorzystania z tzw. wykonania zastępczego.

Co do art. 109 ust. 1 pkt. 8 Pzp, Odwołujący podkreślił, że nie wprowadził Zamawiającego w

błąd przy przedstawianiu informacji w wyniku zamierzonego działania lub rażącego

niedbalstwa. Przytoczył stanowisko o rozumieniu rażącego niedbalstwa i wskazał, że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia, stąd złożył oświadczenie prawdziwe.

W ustawowym terminie, wykonawca Garte Polska (dalej także: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 4 kwietnia 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, jak również przedłożył dowody w postaci:

- a.pismo Zamawiającego z dnia 14.03.2024 r. na okoliczność jego treści, w tym podanych podstaw faktycznych i prawnych oraz szczegółowego uzasadnienia decyzji Zamawiającego o wkluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty (pismo także w aktach postępowania),
- b.mail Zastępcy Dyrektora ZDM w Koninie A.S. z dnia 23.02.2024 r. na okoliczność przekazania Zamawiającemu wyroku dotyczącego Odwołującego z dnia 25.11.2022 r., sygn. akt IX GC 410/22,
- b)pismo Dyrektora ZDM w Koninie G.P. z 23.02.2024 r. na okoliczność przekazania Zamawiającemu pozwu przeciwko Odwołującemu wraz z załącznikami, w sprawie prowadzonej następnie pod sygn. akt IX GC 410/22,
- c)pismo Głównej Księgowej ZDM w Koninie U.S. z 23.02.2024 r. na okoliczność przekazania Zamawiającemu postanowienia komornika o ukończeniu i rozliczeniu egzekucji, tytułu wykonawczego oraz dowodów przelewów od komornika w sprawie sygn. akt IX GC 410/22 oraz GKm 12/23,
- d)mail K.P. z ZDM w Koninie z dnia 23.02.2024 r. na okoliczność wyjaśnień co do przebiegu realizacji umowy przez Odwołującego, stwierdzonego nienależytego wykonania umowy i braku jego współpracy przy wykonywaniu udzielonej gwarancji i naprawy gwarancyjnej,
- e)pozew z dnia 30 marca 2022 r. wraz z załącznikami wniesiony przeciwko Odwołującemu na okoliczność jego treści w tym żądania pozwu w zakresie wykonania zastępczego, okoliczności realizacji umowy przez Odwołującego w tym dat temu towarzyszących, a dotyczącej „Remontu mostu nad zalewem rzeki Warty w ciągu drogi krajowej nr 92 w Koninie w zakresie wymiany nawierzchni żywicznej i dylatacji bitumicznych w części chodnikowej oraz naprawy belek ustroju nośnego” oraz faktu zaprzestania przez Odwołującego odbierania telefonów od pracowników ZDM w Koninie i zaprzeczenia tym twierdzeniom Odwołującego zawartym w odwołaniu, jakoby pozostawał on z tymi pracownikami w stałym kontakcie,
- f)protokół odbioru z dnia 5.12.2022 r. na okoliczność jego treści, a w szczególności daty początkowej i końcowej wykonania naprawy gwarancyjnej, w tym jej wykonania w okresie zaledwie 19 dni (protokół załączony także do wyjaśnień Odwołującego z dnia 27.02.2024 r.),
- g)kosztorys rozliczeniowy Odwołującego z dnia 31.08.2018 r. na okoliczność dokonania przez niego wyceny całości zadania dotyczącego remontu mostu na kwotę 294.999,99 zł. netto oraz wyceny naprawy nawierzchni z żywic syntetycznych (pozycja 1.5) na kwotę 69.837,39 netto tj. 85.899,99 zł. brutto stanowiącej wartość przedmiotu sporu oraz istotności tej kwoty w stosunku kwoty naprawy gwarancyjnej do wartości całości zadania,
- h)umowa nr 65/ZDM/2018 z dnia 31.08.2018 r. na okoliczność jej treści w tym postanowień co do terminu wykonania przedmiotu umowy i co do okresu gwarancji oraz początku terminu jej obowiązywania,
- i)protokół odbioru z 21.12.2018 r. na okoliczność daty odbioru przedmiotu umowy i daty początkowej obowiązywania gwarancji udzielonej przez Odwołującego,
- j)ekspertyza techniczna z czerwca 2021 r. na okoliczność rodzaju i zakresu stwierdzonych wad wykonawczych nawierzchni żywicznej na moście remontowanym przez Odwołującego,
- k)dokumentacja fotograficzna z kwietnia i czerwca 2020 r. oraz z lipca 2021 r. na okoliczność stanu nawierzchni żywicznej w tych okresach, a wykonanej przez Odwołującą,
- l)pismo Zamawiającego z dnia 25.06.2020 r. na okoliczność powiadomienia Odwołującego o dokonanych przeglądach obiektów mostowych na terenie Miasta Konina, o stwierdzeniu wad wykonawczych nawierzchni żywicznej na moście remontowanym przez niego i ich zakresu oraz wyznaczenia spotkania stron na obiekcie i jego terminu,
- m)mail Zamawiającego z 26.06.2020 r. i z 19.08.2020 r. na okoliczność przesłania Odwołującej pisma z 25.06.2020 r. oraz wzywania jej po raz pierwszy do podjęcia działań naprawczych w związku z nienależytym wykonaniem umowy i prośby o zgłoszenie Zamawiającemu terminu ich rozpoczęcia,
- n)pismo Zamawiającego z dnia 6.05.2021 r. wraz ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru na okoliczność wezwania Odwołującego po raz drugi do wykonania napraw gwarancyjnych oraz terminu wyznaczonego na ich wykonanie, faktu doręczenia wezwania Odwołującemu i daty tego wezwania,
- o)pismo Zamawiającego z 27.07.2021 r. wraz ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru na okoliczność jego treści w tym braku podjęcia przez Odwołującego działań na 4 dni przed wyznaczonym terminem wykonania naprawy gwarancyjnej, wzywania po raz trzeci do wykonania napraw gwarancyjnych, wzywania go do niezwłocznego rozpoczęcia robót gwarancyjnych, wskazania konsekwencji niewykonania robót w wyznaczonym terminie, faktu

- doręczenia wezwania Odwołującemu i daty doręczenia wezwania oraz faktu długotrwałego nienależytego wykonania umowy,
- p) pismo Odwołującego z 28.07.2021 r. na okoliczność uznania roszczenia i wniosku o wydłużenie terminu wykonania prac gwarancyjnych do 30.09.2021 r. oraz wskazanych przyczyn tego wniosku (pismo załączone także do odwołania),
  - q) r) pismo Zamawiającego z 10.08.2021 r. wraz ze zwrotnym potwierdzeniem odbioru na okoliczność jego treści i stanowiska Zamawiającego, wyrażenia zgody na wydłużenie terminu naprawy gwarancyjnej do 30.09.2021 r. wzywania po raz do wykonania napraw gwarancyjnych i konieczności ich wykonania, faktu doręczenia pisma Odwołującemu j daty jego doręczenia oraz faktu długotrwałego nienależytego wykonania umowy,
  - r) tytuł wykonawczy w postaci prawomocnego wyroku zaocznego Sądu Okręgowego w Poznaniu, IX Wydział Gospodarczy z 25.11.2022 r. zaopatrzonego w klauzulę wykonalności tegoż Sądu z dnia 12.01.2023 r. na okoliczność jego treści,
  - s) postanowienie komornika sądowego z 7.03.2024 r. sygn. akt GKm 12/23 na okoliczność zakończenia i rozliczenia postępowania egzekucyjnego Odwołującego na skutek wyegzekwowania roszczenia w całości,
  - t) dowody przelewu bankowego od komornika (3 szt.) na okoliczność wysokości roszczenia wyegzekwowanego od Odwołującego,
  - u) wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 26.02.2024 r. skierowanego do Odwołującego na okoliczność powzięcia wątpliwości co do spełnienia przesłanek o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania,
  - v) wyjaśnienia Odwołującego z dnia 27.02.2024 r. na okoliczność ich treści w tym podtrzymania zgodności złożonego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu,

W uzasadnieniu przytoczył okoliczności faktyczne zawarte w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty. Wskazał, że kwestię naliczenia kar umownych w 2018 r. wskazał jedynie ubocznie, czyli poza zarzutami głównymi. Podkreślił ponownie najistotniejsze okoliczności ze stanu faktycznego, z których wynika bierność Odwołującego. Wskazał, że wagę niedbalstwa należy odnosić zarówno do postawy danego wykonawcy jak i obiektywnych skutków naruszenia oraz jego wpływu na utratę zaufania do danego wykonawcy. Jak widać z powyżej przedstawionej chronologii zdarzeń i towarzyszących mu działań Odwołującego (w zasadzie ich braku) takie okoliczności w stosunku do niego zaszły, gdyż długotrwanie nie wykonywał on swego umownego zobowiązania. Kilukrotnie wzywano go do napraw gwarancyjnych oraz odbierano wezwań, a mimo to brak reakcji z jego strony i przystąpienie do naprawy gwarancyjnej (którego to zobowiązania Odwołujący w ogóle nie kwestionuje) dopiero po ponad 2 latach od pierwszego wezwania świadczy wprost o zawinięciu i poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych. Nie może Odwołujący wskazywać, że nie było to z jego strony zawinione, skoro czterokrotnie wezwany na piśmie oraz mailowo i mając tego pełną wiedzę, świadomie obowiązków nie wykonywał. Odwołującemu można więc przypisać winę i to bezpośrednią w tym zakresie.

Zamawiający stanął na stanowisku, że winę Odwołującego wykazał za pomocą stosownych środków dowodowych, którymi są zarówno dokumenty urzędowe jak wyrok, ale i dokumenty prywatne. Podkreślił nadto, że wykluczenie z Postępowania nie miało charakteru oczywiście nieproporcjonalnego, co jego zdaniem Odwołujący sma przyznał w odwołaniu, ponieważ wartość przedmiotu sporu z pozwu sądowego w kwocie 85.899,99 zł. wyniosła blisko 1/3 wartości ceny całego zamówienia.

Zamawiający podjął także polemikę z powołaniem się przez Odwołującego na COVID-19, gdyż takowych okoliczności w ogóle nie uzasadnił on w swoim piśmie z 28.07.2021 r. Zamawiający przytoczył także przepisy tzw. ustawy covidowej i obowiązującym ówczesnie art. 15r., zgodnie z którym strony umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu ustawy z dnia 11 września 2009 r. Prawo zamówień publicznych, niezwłocznie, wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem Covid-19 na należyte wykonanie tej umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Odwołujący jakichkolwiek powodów i ich wpływu na realizację zamówienia wówczas nie przedstawił, a czyni to dopiero w odwołaniu dla potrzeb niniejszego postępowania.

Co do powoływania się przez Odwołującego w treści odwołania na pismo z 28.07.2021 r., Zamawiający wskazał, że było to pismo Odwołującego z prośbą o przedłużenie mu terminu wykonania robót gwarancyjnych, zwrócił także uwagę na okoliczność, że jest ono datowane na okres 3 dni przed terminem końcowym wykonania naprawy gwarancyjnej wyznaczonej Odwołującemu przez ZDM w swoim piśmie z 6 maja 2021 r. Ponadto Zamawiający podkreślił: Odwołujący zwrócił się z prośbą o możliwość wykonania prac na innym obiekcie w Koninie, co zdaniem Zamawiającego jawiło się jako kuriozalne i nieprofesjonalne.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie podejmował kontaktów telefonicznych z pracownikami ZDM w Koninie, a co

więcej – sam po wezwaniach listownych i mailowych przestał nawet odbierać telefony od pracowników ZDM (co potwierdza treść pozwu z 30.03.2022 r. strona 3, drugi wers od góry). Zamawiający wskazał, że Odwołujący w ogóle nie kwestionuje, że od czerwca 2020 r. do lipca 2021 r. nie podjął żadnej czynności. Ponadto potwierdza on także daty podane w piśmie o wykluczeniu, nie widzi nic złego w zwłoce w realizacji obowiązków umownych, nie podjął próby selfcleaningu.

Zamawiający odnosząc się do inicjatywy dowodowej Odwołującego w postaci korespondencji mailowej, wskazał, że jest ona korespondencją następczą, a w jej treści jej wskazana konieczność ustabilizowania temperatury pow. 100 C i wskazaniu, że termin wykonania nastąpi do 30.09.2020 r. Zdaniem Zamawiającego, taka temperatura występowała przecież w okresie wakacyjnym. Ponadto Odwołujący choć sam zaproponował termin realizacji naprawy gwarancyjnej do dnia 30.09.2020 r. - to terminu tego ponownie nie dotrzymał (naprawę dopiero rozpoczęto w tym dniu zgodnie z protokołem odbioru). Zamawiający przyznał fakt uzgadniania technologii naprawy ze strony ZDM, lecz wskazał na milczenie Odwołującego po akceptacji zaproponowanej technologii.

Zamawiający za znamienne uważa fakt, że Odwołujący w ogóle przystąpił do naprawy, a uczynił to dopiero po złożeniu pozwu i doręczeniu mu jego odpisu, tj. w sytuacji w której zdał już sobie sprawę, że dalsze unikanie naprawy gwarancyjnej jest niemożliwe. Mimo tego wskazać trzeba, że do naprawy gwarancyjnej przystąpił i tak dopiero po kolejnych 6 miesiącach od doręczenia mu odpisu pozwu i tylko zapewne dlatego, że poznał żądania tego pozwu. Wiedział, że dalszy brak reakcji pociągnie za sobą wykonanie zastępcze przez inny podmiot, przy czym dla niego może wywołać duże konsekwencje finansowe. Z kolei podnoszenie, że na skutek wykonania naprawy Zamawiający winien cofnąć pozew nie znajduje oparcia w przepisach procedury cywilnej i Zamawiający dalej nie będzie się do tej kwestii odnosił.

Co do kwestii art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, Zamawiający wskazał, że Kluczowym jest bowiem, że w sprawie zapadł prawomocny wyrok zobowiązujący Odwołującego do wykonania naprawy w określonym terminie, ewentualnie alternatywnie uprawniającego Zamawiającego do wykonania zastępczego tej naprawy na jego koszt. Fakt, że Odwołujący w końcu po wielu wezwaniach i po ponad 2 latach przystąpił do naprawy gwarancyjnej spowodował jedynie ten skutek, że Zamawiający nie miałby prawa do skorzystania z punktu 1 wyroku z dnia 25.11.2022 r. To oznacza, że Zamawiający został prawomocnie upoważniony przez Sąd do wykonania zastępczego. Przesądza o tym dokument urzędowy jakim jest wyrok sądu. Brak skorzystania z tego uprawnienia przez Zamawiającego nie zwalania jednak Odwołującego od sankcji przewidzianej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, w szczególności, że Odwołujący nie zrealizował wyroku w zakresie kosztów, co doprowadziło do konieczności wszczęcia egzekucji komorniczej. Zamawiający podkreślił, że o nienależytym wykonaniu zobowiązania świadczy wydanie przez sąd wyroku w sprawie, co stanowi urzędowy dowód, którym Zamawiający jest w stanie wykazać naruszenie obowiązków przez Odwołującego.

W zakresie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający podtrzymał stanowisku, że Odwołujący wprowadził w błąd Zamawiającego. Przedstawił argumentację, że w treści Odwołania wyciąga on z okoliczności sprawy jedynie stronicze wnioski, powołując dowody, które w jego ocenie przemawiają na jego korzyść, a resztę pomijając - co stanowi o zamierzonym działaniu. Dalej Zamawiający przytoczył orzecznictwo Izby oraz jego własną interpretację.

W dniu 4 kwietnia 2023 r., Przystępujący złożył pismo, w treści którego wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił własne stanowisko co do zarzutów, spójne ze stanowiskiem Zamawiającego.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska. Zamawiający sprostował także własne stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie Zielonego Podwórka Miejskiego - Rynku.

W części II SWZ, w ust. 1.1 oraz 1.2, Zamawiający przewidział zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8 i 10 Pzp.

W dniu 26 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, złożonego na podstawie art. 125 ust. 1 Pzp. W dniu 27 lutego 2024 r. Odwołujący przedłożył wyjaśnienia, w których wskazał, że oświadczenie to jest zgodne ze stanem rzeczywistym i nie zachodzą przesłanki wykluczenia. Wskazał, że w okresie po zgłoszeniu napraw gwarancyjnych wystąpiły rozbieżności co do zakresu i sposobu naprawy, ale także pandemia COVID-19. Podkreślił, że wykonał prace w okresie 30.09.2022-18.10.2022 r., które zostały odebrane bez uwag. Prace to były wykonane przez wydaniem wyroku sądu, a Zamawiający nie wycofał pozwu przez miesiąc, co doprowadziło do dodatkowych kosztów po stronie Odwołującego. Podkreślił, że drobne, niewielkie naprawy realizowane w ramach rękopimi nie mogą być podstawą wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp, a tym bardziej te realizowane w ramach gwarancji.

W dniu 14 marca 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz na podstawie

art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 Pzp wykluczył Odwołującego i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a Pzp, z uwagi na uporczywe niewykonywanie obowiązku dokonania napraw gwarancyjnych, niepodejmowaniu kontaktu z zamawiającym, sądem, mediatorem sądowym i komornikiem w ramach realizacji inwestycji pn. „Remont mostu nad zalewem rzeki Warty w ciągu drogi krajowej nr 92 w Koninie w zakresie wymiany nawierzchni żywicznej i dylatacji bitumicznych w części chodnikowej oraz naprawy belek ustroju nośnego” na rzecz Zarządu Dróg Miejskich w Koninie („ZDM w Koninie”).

W dniu 31 sierpnia 2018 r. Miasto Konin, w imieniu którego działał Dyrektor Zarządu Dróg Miejskich w Koninie oraz Odwołujący zawarli umowę na „Remont mostu nad zalewem rzeki Warty w ciągu drogi krajowej nr 92 w Koninie w zakresie wymiany nawierzchni żywicznej i dylatacji bitumicznych w części chodnikowej oraz naprawy belek ustroju nośnego” na wartość 294 999,99 zł brutto. Termin wykonania przedmiotu umowy określono na 70 dni od dnia podpisania umowy, tj. do 09 listopada 2018 r. przy czym z uwagi na zwłokę w realizacji zamówienia, Odwołującemu zostały naliczone kary umowne w wysokości 19 436,98 zł. Zgodnie z postanowieniami umowy Wykonawca udzielił gwarancji na przedmiot umowy na okres 5 lat, od dnia 21 grudnia 2018 r., Strony zaś skróciły okres rękojmi do 2 lat. Pismem z dnia 25 czerwca 2020 r., ZDM w Koninie poinformował Odwołującego, że zamierza skorzystać z uprawnień gwarancyjnych wynikających z umowy. W dniu 19 sierpnia 2020 r., ZDM w Koninie zwrócił się o podjęcie działań naprawczych i o zgłoszenie mu terminu rozpoczęcia prac - termin upłynął bezskutecznie. W dniu 6 maja 2021 r. wezwał Odwołującego do wykonania naprawy gwarancyjnej i wyznaczył termin do 31 lipca 2021 r. – termin upłynął bezskutecznie. Następnie ZDM w Koninie wezwał Odwołującego pismem z dnia 27 lipca 2021 r. do niezwłocznego podjęcia napraw. W piśmie tym wyrażono zaniepokojenie brakiem jakichkolwiek działań na zaledwie 4 dni przed wyznaczonym terminem. Wskazano także, że w razie bezskuteczności wezwania, Zamawiający wystąpi do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na wykonanie zastępcze. Odwołujący w dniu 28 lipca 2021 r., zwrócił się o przedłużenie mu terminu na wykonanie naprawy do 30 września 2021 r., na co ZDM wyraził zgodę. Wskazał jako przyczynę wysokie temperatury, opady, problemy z COVID-19 oraz zwolnienie chorobowe z związku z przebytą operacją. Odwołujący zaproponował wykonanie tożsamym prac na innym obiekcie w związku z planowaniem generalnego remontu obiektu. Termin upłynął bezskutecznie, Odwołujący nie zrealizował napraw. W dniu 30 marca 2022 r., ZDM w Koninie złożył pozew przeciwko Odwołującemu z żądaniem zobowiązania Wykonawcy do wykonania naprawy nawierzchni mostu. W dniu 5 lipca 2022 r. Odwołujący przedstawił technologię naprawy, którą Zamawiający zaakceptował 30 sierpnia 2022 r. Odwołujący wówczas zadeklarował rozpoczęcie prac od dnia 6 września 2022 r. Zgodnie z treścią protokołu odbioru z dnia 5 grudnia 2022 r., Odwołujący przystąpił do wykonywania napraw gwarancyjnych w dniu 30 września 2022 r., co nastąpiło po doręczeniu mu odpisu pozwu przez Sąd i zapoznania się z jego żądaniami. Do tego czasu Wykonawca nie reagował na korespondencję związaną z pozwem, nie podejmował prób porozumienia się z ZDM w Koninie. Nie złożył on nawet odpowiedzi na pozew, a mediator, wyznaczony przez sąd do podjęcia próby przedsądowego rozstrzygnięcia sporu zwrócił akta do sądu bez żadnego efektu, ponieważ Wykonawca nie odpowiadał na jego prośby o kontakt - wykonawca był w zakresie postępowania sądowego i mediacyjnego całkowicie bierny. W dniu 25 listopada 2022 r. został wydany wyrok zaoczny, w którym Odwołujący został zobowiązany do wykonania napraw gwarancyjnych w terminie do 3 miesięcy od dnia uprawomocnienia się orzeczenia, a w razie niewykonania przez Odwołującego jako pozwanego, ZDM w Koninie został upoważniony do wykonania na koszt pozwanej ww. czynności. Dalej zostały zasądzone koszty postępowania stosownie do wyniku oraz został nadany rygo natychmiastowej wykonalności. Wyrok uprawomocnił się, zaś ZDM w Koninie skierował sprawę w zakresie punktu dotyczącego kosztów postępowania do egzekucji komorniczej. Protokół odbioru napraw gwarancyjnych został sporządzony dnia 5 grudnia 2022 r. wyraźnie wskazuje, że: stwierdzono błędy i wady wykonawcze, spękania, odspojenia nawierzchni żywicznej na kapie chodnikowej mostu, co wymagało napraw gwarancyjnych, naprawy te zostały wykonane w terminie 30.09.2022 do 18.10.2022 r. Został także zawarty fragment: „Wykonawca nie podejmował napraw w wyznaczonych terminach, w związku z tym Zamawiający złożył pozew do sądu o zobowiązanie go do wykonania napraw przez Wykonawcę lub w razie niewykonania napraw o upoważnienie przez sąd do wykonania czynności na koszt pozwanego. Wykonawca podjął działania polegające na naprawie w ramach udzielonych gwarancji, jednak już po doręczeniu mu odpisu pozwu”. Protokół został podpisany przez obie strony, w tym Odwołującego osobiście.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołanie podlegało oddaleniu w całości, zaś podniesione zarzuty nie potwierdziły się.

Jak wynika z treści art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów. Mając na uwadze brzmienie ww. przepisu, w celu jego zastosowanie konieczne jest wykazanie kumulatywne wystąpienie przesłanek w nim wskazanych – tj. poważne naruszenie obowiązków zawodowych oraz podważenie jego uczciwości. Wskazać przy tam należy, że nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia, ale takie które ma charakter kwalifikowany, muszą być to takie naruszenia, które zasadniczo zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji ocena wymaga odniesienie się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. (vide: wyrok Izby z dnia 25 października 2021 r. sygn. akt KIO 2706/21, z dnia 5 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1588/22).

Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z Postępowania. Po pierwsze, przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp miał zastosowanie, ponieważ został przewidziany w dokumentów zamówienia. Po drugie, przesłanki zastosowania przepisu zaistniały, zaś działanie Odwołującego w ramach usuwania usterek gwarancyjnych na zadaniu „Remont mostu nad zalewem rzeki Warty w ciągu drogi krajowej nr 92 w Koninie...” prawidłowo zostało zakwalifikowane przez Zamawiającego jako poważne naruszenie obowiązków, które podważa uczciwość Odwołującego. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdził, że od 25 czerwca 2020 r. kiedy to Zamawiający zapowiedział konieczność dokonania napraw gwarancyjnych, aż do 30 września 2022 r., naprawy nie zostały dokonane, co oznacza, że Odwołujący był w zwłoce przeszło 2 lata. Naprawy te nie miały charakteru drobnego czy też niewielkiego, lecz dotyczyły istotnego elementu w postaci nawierzchni drogi. W protokole odbioru z dnia 5 grudnia 2022 r. wskazano, że spękania te postawy wskutek błędów wykonawczych. Podstawą jednakże wykluczenia było niewykonywanie napraw przez okres ponad 2 lat – w tym aspekcie Odwołujący – na co wskazuje korespondencja dołączona do odwołania podjął realne rozmowy dopiero w 2022 r., zaś faktycznie rozpoczął realizację napraw dopiero po złożeniu przez zamawiającego pozwu do sądu. Dopiero w dniu 5 lipca 2022 r. a więc ponad 12 miesięcy od otrzymania informacji o konieczności ich wykonania przedstawił propozycję technologii naprawy. Twierdzenia Odwołującego o tym, że kontaktował się z inżynierem nadzoru pozostają gołosłowne w tym sensie, że po pierwsze – inżynier ten otrzymywał do wiadomości wszystkie wezwania z dni 19 sierpnia 2020 r., 6 maja 2021 r. a następnie 27 lipca 2021 r. Gdyby wezwania do realizacji, wyznaczające konkretne terminy wykonania napraw, były sprzeczne z ustaleniami, jakie rzekomo czynił Odwołujący z inżynierem nadzoru, to racjonalnie działający przedsiębiorstwa, w celu ochrony własnych interesów, przedstawiłby własne stanowisko pisemnie bądź mailowo (tj. w takiej formie, jak wezwania) czy też w innym wyraźnym trybie zakwestionowałby treść wezwań. Tymczasem Odwołujący nie udzielał odpowiedzi na ww. wezwania, jedynie w dniu 28 lipca 2021 r. (w piśmie, w którym ani nie powoływał się na odmienne ustalenia z inspektorem nadzoru, jak również nawet nie uczył go adresatem do wiadomości), zwrócił się o przedłużenie terminu, a ponadto zaproponował wykonanie innych prac, na innej inwestycji. Powyższe wskazuje, że nie było innych ustaleń z inspektorem nadzoru, zaś po drugie – że mimo twierdzeń o trudnościach organizacyjnych w realizacji prac podnoszonych w postępowaniu odwoławczym, zgłaszał gotowość do ich realizacji lub też realizacji innych prac. Po trzecie, Odwołujący także nie wykonał napraw w określonym przez siebie terminie, a co więcej – zrealizował je dopiero po złożeniu przez zamawiającego powództwa do właściwego sądu powszechnego, kiedy to Odwołujący w ogóle powziął dialog w Zamawiającym. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż rację miał Zamawiający twierdząc, że tak uporczywe działanie Odwołującego wyrażające się w braku podejmowania jakichkolwiek działań stawowi poważne naruszenie obowiązków zawodowych oraz podważa jego uczciwość i rzetelność.

Izba nie dała wiary także twierdzeniom Odwołującego, jakoby przyczyną braku reakcji była sytuacja pandemiczna, jaka wówczas panowała w Polsce, zaś następnie wybuch wojny w Ukrainie w 2022 r. Rzeczywiście, okoliczności jakie wówczas wystąpiły, mogłyby stanowić przyczynę do opóźnienia w realizacji, natomiast wówczas Odwołujący nie informował zamawiającego o tych okolicznościach, w ogóle nie podejmując żadnego kontaktu, powołał się na ten fakt mimochodem, bez głębszego uzasadnienia w piśmie z dnia 28 lipca 2021 r., w którym jednocześnie oferował wykonanie innych prac, na innym obiekcie w mieście Konin. Nie potrafił jasno wyjaśnić takiego działania w toku rozprawy, podobnie jak braku wniesienia sprzeciwu czy też innych działań związanych z postępowaniem sądowym, takich jak niepodjęcie mediacji. Ponadto, kwestie weryfikacji zasadności roszczeń zamawiającego nie zostały potwierdzone dokumentami, a tym samym nie zostały potwierdzone, zaś finalnie – Odwołujący uznał roszczenie i potwierdził w protokole odbioru z dnia 5 grudnia 2022 r., że naprawy były niezbędne wskutek błędów wykonawczych.

Biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe, każdy przedsiębiorca powinien być zainteresowany toczącym się postępowaniem sądowym, a także nie doprowadzać do generowania dodatkowych kosztów, starać się zachować dobre imię i współpracować z podmiotami, na rzecz których realizuje prace. Tego rodzaju działania, polegające na zaniechaniu

wykonywania napraw w okresie rękojmi i gwarancji świadczą o braku profesjonalizmu i powinny być negatywnie oceniane. Izba zwraca uwagę, że pełnomocnicy stron byli zaangażowani także w realizację spornego zadania, zatem posiadali wiedzę z tego okresu. W konsekwencji, w zaistniałych okolicznościach zaniechania Odwołującego – jak sam zauważył na rozprawie – stawiają go w negatywnym świetle i potwierdzają jego winę, a tym samym pozwalają na kwalifikację jego działań jako poważne, zawinione naruszenie obowiązków zawodowych, o czym świadczy przedstawiona chronologia wydarzeń, niezakwestionowana przez Strony, jak również wydany w sprawie wyrok sądu.

Izba zwraca także uwagę, że omawiane działania (czy zaniechania) wystąpiły w okresie opisanym w art. 111 pkt 4 Pzp, czego zresztą Odwołujący nie kwestionował. Sprawa naliczenia kar umownych w 2018 r., była kwestią marginalną, wspomnianą w uzasadnieniu przez Zamawiającego jedynie w ramach przedstawiania stanu faktycznego sprawy.

Z kolei z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca 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.

Podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o ww. przepis aktualizuje się w przypadku, gdy niewykonanie, nienależyte wykonanie czy długotrwale nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania umownego doprowadzi co najmniej do jednej z następujących sytuacji: do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przepis ten stanowi implementację do krajowego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Należy również zwrócić uwagę na motyw 101 dyrektywy, w którym ustawodawca unijny wskazał, iż instytucje te powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Co więcej, stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie.

Przedmiotowa przesłanka zdaniem Izby nie potwierdziła się, jednakże nie miało to wpływu na wynik Postępowania, stąd też Izba nie uwzględniła przedmiotowego zarzutu. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na potwierdzenie się zasadności wykluczenia wykonawcy na podstawie innych przesłanek, przedmiotowa kwestia nie miała wpływu na wynik.

Zdaniem Izby, okoliczności faktyczne wskazane powyżej potwierdziły, że spełniona została pierwsza z przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zaś Odwołujący nienależycie wykonał zobowiązanie, natomiast powyższe doprowadziło do po pierwsze – zagrożenia wykonaniem zastępczym, a po drugie – do realizacji uprawnień z tytułu gwarancji. Jak wynika ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, zamawiający nie skorzystał z uprawnień z tytułu rękojmi, ponieważ rękojmia świetle postanowień umowy była skrócona do okresu 2 lat. Choć instytucje gwarancji i rękojmi są zbliżone, to w świetle przesłanki wykluczenia należy ją interpretować ściśle, literalnie. W konsekwencji druga z przesłanek wskazana w omawianym przepisie nie ziściła się, zatem Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z tej przesłanki.

Trzecia przesłanka wykluczenia, którą zakwestionował Odwołujący dotyczyła podania nieprawdziwych informacji - zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się 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.

W związku z powyższym, istotą przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez swoje

zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego, przedstawianie niezgodnych z rzeczywistością okoliczności) w sposób istotny wpływają na podejmowane przez niego decyzje. Należy przy tym zauważyć, że przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp dotyczy celowego wprowadzenia w błąd (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) następującego przez działanie wykonawcy związane z przedstawieniem informacji bądź zatajeniem informacji, bądź niemożnością przedstawienia wymaganych środków dowodowych.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, Izba wskazuje, że w okolicznościach uwzględnienie zarzutu dotyczącego podlegania wykluczenia, winno skutkować także potwierdzeniem się przedmiotowego zarzutu. Wykonawca w treści oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, co jest niezgodne z rzeczywistością. Jak ustaliła powyżej Izba, Odwołujący podlegał wykluczeniu z tegoż przepisu.

Jak wskazuje się w orzecznictwie: „(...) błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego. Błąd ma nastąpić przy przedstawianiu informacji. Wprowadzenie w błąd nie obejmuje zatem zatajenia wymaganych informacji.” – tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 września 2023 r., XXIII Zs 12/23. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący twierdząc odmiennie i podtrzymując tę odpowiedź w odpowiedzi na wezwanie, wprowadził Zamawiającego w błąd i jednocześnie zataił informacje o spornej umowie. Brak jednoznacznego stanowiska w toku postępowania odwoławczego, jak również okoliczności złożenia oświadczenia woli w tym przedmiocie, Izba poczytała jako rażące niedbalstwo, stanowiące jeden z elementów przesłanki wykluczenia. Zamierzone, umyślnie działanie wykonawcy oznacza sytuację, w której można mu przypisać świadomy zamiar, ukierunkowanie na celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd. Nie sposób uznać stanowisko przeciwne, że profesjonalny wykonawca, działający w obszarze zamówień publicznych, wypełniał oświadczenie bez świadomości o realizacji jednego z kontraktów w sposób wypełniający przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Powyższe okoliczności, dotyczące realizacji inwestycji ZDM w Koninie były Odwołującemu znane i w związku z ich ziszczeniem Odwołujący powinien był zaznaczyć w oświadczeniu, że podlega wykluczeniu.

W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący podlegał wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp i w konsekwencji oddaliła odwołanie w całości jako niezasadne.

Wobec twierdzenia Odwołującego, jakoby Zamawiający w uzasadnieniu pominął podstawę prawną odrzucenia oferty, Izba wskazuje, że Zamawiający wskazał wyraźnie podstawę art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Biorąc pod uwagę brzmienie przepisu, odrzucenie oferty stanowi konsekwencję wykluczenia z Postępowania, co w niniejszej sprawie nastąpiło, a tym samym uzasadnienie może sprowadzać się do przytoczenia przepisu stanowiącego podstawę prawną.

Drugi z zarzutów dotyczył naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp, który został przez Odwołującego podniesiony jako konsekwencja skonstruowanego zarzutu nr 1. Odwołujący wskazał, że Zamawiający naruszył „zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji”. Nie uzasadnił szerzej tego zarzutu w treści odwołania, zaś w toku postępowania odwoławczego wykazano, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego z Postępowania. Stąd też Izba także oddaliła ten zarzut.

Z powyższych powodów Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba nie zasądziła kosztów, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, ponieważ Zamawiający nie złożył do akt sprawy rachunku ani spisu kosztów, które mogłyby stanowić podstawę ich zasądzenia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....