

Sygn. akt: KIO 2430/23

## WYROK

z dnia 8 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę:

**Pracownie Konserwacji Zabytków nad Łódką sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi – jednostka budżetowa Gminy Miejskiej Łódź**

**orzeka:**

### 1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu;

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

### Uzasadnienie

Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi – jednostka budżetowa Gminy Miejskiej Łódź (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej: Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego znak DZP.26.109.2023 na wykonanie robót budowlanych polegających na usunięciu stwierdzonych nieprawidłowości stanu technicznego budynków administrowanych przez Zarząd Lokali Miejskich w podziale na 2 części: część 1: ul. Tymienieckiego 14 część 2: ul. 6 Sierpnia 4, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w dniu 7 lipca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00296627/01 (dalej: Postępowanie). Warunki, wymagania i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ).

W dniu 10 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie Pracowni Konserwacji Zabytków nad Łódką sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania (dalej: Wykonawca lub Odwołujący).

Odwołanie wniesione zostało na niezgodną z Ustawą czynność Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z Postępowania w części 2, odrzucenie jego oferty i dokonanie wyboru oferty wykonawcy P.P.H.U POLMEK Małgorzata Kaleta.

Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania, mimo że nie zaszła przesłanka, o której mowa w powyższym przepisie, gdyż nie było podstaw do wykluczenia Odwołującego
- 2.art. 109 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez jego zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że nie zaszła przesłanka, o której mowa we wskazanym przepisie, gdyż po stronie Odwołującego nie doszło naruszenia obowiązków zawodowych ani do rażącego niedbalstwa, ani umyślnego działania, a do niewykonania wskazanego przez Zamawiającego zamówienia doszło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, ani Zamawiający nie wykazał, by doszło do ziszczenia się ww. przesłanki wykluczenia.
- 3.Art. 239 ust. 1 Pzp poprzez jego zastosowanie i dokonanie wyboru oferty wykonawcy P.P.H.U POLMEK Małgorzata Kaleta, mimo że jego oferta nie była najkorzystniejszą, gdyż oferta Odwołującego uzyskałaby większą liczbę punktów, gdyby nie doszło do wykluczenia Odwołującego.
- 4.Art. 253 ust. 1 pkt 2) Pzp - poprzez lakoniczne uzasadnienie przyczyn wykluczenia Odwołującego i brak wskazania

konkretnych naruszeń Odwołującego przy realizacji innej umowy i brak wykazania, że do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, co utrudnia Odwołującemu możliwość obrony jego praw, a także poprzez brak wskazania, które obowiązki zawodowe zostały rzekomo naruszone przez Odwołującego w zakresie podważającym jego uczciwość.

Odwołujący wnosił o unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego, unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy P.P.H.U POLMEK Małgorzata Kaleta oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Strony wnosiły o dopuszczenie dowodu ze wskazanych dokumentów Postępowania, dokumentów załączonych i złożonych do akt, w szczególności: zawartej przez Zamawiającego z Odwołującym jako wykonawcą umowy nr 30/4/2022 na rozbiórkę uszkodzonej ściany oraz dobudowę ściany konstrukcyjno - osłonowej części budynku mieszkalnego wielorodzinnego położonego na nieruchomości w Łodzi przy ul. Przylesie 28 (działka ewidencyjna nr 9,1/8, obręb W-40) zgodnie z decyzją nr DPRG-UA-III.55.2022 z dnia 12.01.2022 Prezydenta Miasta Łodzi oraz projektem budowlanym będącym załącznikiem do ww. decyzji wraz aneksem numer 1 z 4 kwietnia 2022 r. zawartym na podstawie § 13 ust. 4 lit. c), § 13 ust. 5 i § 5 ust. 5 Umowy w powiązaniu z art. 455 ust. 4 Ustawy (dalej Umowa), oświadczeń stron o odstąpieniu od Umowy oba z dnia 5 października 2022 r., decyzji Zamawiającego o odrzuceniu ofert Wykonawcy w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, które miały miejsce po odstąpieniu od Umowy wszystkie na podstawie art. 105 ust. 1 pkt. 5 Ustawy w związku z nienależytym wykonaniem Umowy, protestem Wykonawcy złożonym w związku z jedną z decyzji o odrzuceniu oferty w oparciu o art. 105 ust. 1 pkt. 5 w związku z nienależytym wykonaniem Umowy, protokoły odbioru prac Wykonawcy przez Zamawiającego zrealizowanych przed decyzją o odstąpieniu od Umowy potwierdzające uprzednie realizowanie robót budowlanych objętych zamówieniami publicznym w sposób należyty przez Wykonawcę, korespondencji email pomiędzy stronami dotyczącej Umowy, dokumentacji fotograficznej z terenu budowy Umowy, prywatnej ekspertyzy na zlecenie Zamawiającego prac wykonanych przez Wykonawcę w ramach Umowy oraz dodatkowo dowodu z zeznań świadków na okoliczność braku współpracy oraz przyczyn niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia w ramach Umowy oraz wyjaśnień stron na okoliczności jak dla świadków, które Izba dopuściła i przeprowadziła. Zamawiający wnosił również o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. budownictwa w celu oceny zgodności ze sztuką budowlaną robót Wykonawcy realizowanych w ramach Umowy, stwierdzenia czy istniały podstawy do wstrzymania się z wykonaniem prac przez Wykonawcę oraz określenia technologicznie uzasadnionego terminu realizacji prac określonych przez strony Umowy, a także, czy brak zbrojenia nadproża jest akceptowany w świetle zasad techniki budowlanej oraz czy łącznie nowowbudowanej ściany ze ścianą istniejącą zostało zrealizowane w sposób zgodny ze sztuką budowlaną, który Izba oddaliła ze względu na nieprzydatność dla rozstrzygnięcia istoty sporu w niniejszej sprawie.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdują przepisy Ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji Postępowania, oraz innych złożonych dokumentach, uwzględniając stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, bezsporne okoliczności, że:

1. W dniu 11 sierpnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, uprzednio wykluczając Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, co skutkowało koniecznością odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a.,
2. Zgodnie z SWZ rozdział VI. Podstawy wykluczenia wykonawców punkt 2 Zamawiający zgodnie z art. 109 ust. 1 Ustawy wykluczy Wykonawcę: 2.1. 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 (art. 109 ust. 1 pkt 5);
3. W decyzji o odrzuceniu ofert Zamawiający wskazał, że: „W dniu 4 kwietnia 2022 r. z Miastem Łódź - Zarządem Lokali Miejskich, w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została zawarta umowa z Pracownią Konserwacji Zabytków nad Łódką Sp. z o.o. na wykonanie rozbiórki uszkodzonej ściany oraz dobudowy ściany konstrukcyjno - osłonowej części budynku mieszkalnego wielorodzinnego położonego na nieruchomości w Łodzi przy ul. Przylesie 28 (działka ewidencyjna nr 971/8, obręb W-40) zgodnie z decyzją nr

DPRG-UA-III.55.2022 z dnia 12.01.2022 Prezydenta Miasta Łodzi oraz projektem budowlanym będącym załącznikiem do ww. decyzji. (...). Zgodnie z zapisami §3 aneksu nr 1 z dnia 2 czerwca 2022 r. do zawartej umowy nr 30/4/2022 wykonawca był zobligowany do zakończenia robót i zgłoszenia gotowości do odbioru w terminie do dnia 29 lipca 2022 r. Wykonawca do wyznaczonego terminu prac nie ukończył, wskutek czego Zamawiający zgodnie z zapisami §10 ust. 1 umowy nr 30/4/2022 z dnia 4 kwietnia 2022 r., złożył w dniu 5 października 2022 r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Na dzień sporządzenia niniejszego oświadczenia, wykonawca świadomie przeciągał termin wykonania/zakończenia prac z próbami zawyżania kosztorysów na roboty dodatkowe. Ponadto stwierdzono nieodpowiednią jakość wykonanych dotychczas robót, nieprawidłowy nadzór lub jego brak nad prowadzonymi robotami, nieprzestrzeganie przepisów BHP na terenie budowy. Tego rodzaju zaniechanie Wykonawcy w sposób jednoznaczny wypełniło hipotezę §3 aneksu nr 1 oraz §10 ust. 1 umowy nr 30/4/2022, naruszając tym samym postanowienia umowne." Dalej Zamawiający wymienił usterki w pracach (nieprawidłowe wykonanie: izolacji przeciwwilgociowej fundamentów, obsypania budynku zamiast piaskiem gruzem powstałym podczas rozbiórki, wymurowanie ściany zewnętrznej, docieplenia ścian styropianem, zamontowania listw startowych, odchylenia od pionu przyklejonego styropianu na ścianie południowej o ok. 2 cm - powyżej dopuszczalnej normy, znacznego skrzywienia rdzenia z prawej strony ościeża drzwi wejściowych do budynku brak dozbrojenia wieńca nad drzwiami wejściowymi, który stanowi jednocześnie nadproże, warstwy chudego betonu o nierówności pow. 3 cm - powyżej dopuszczalnej normy, braku dozbrojenia wieńca nad otworami okiennymi, które jednocześnie stanowią nadproża, krzywizny i odchylenia od pionu ścian działowych pow. 3 cm - powyżej normy, braku wiązania ścian działowych ze ścianami nośnymi, za nisko zamontowanego nadproża nad drzwiami ścian działowych, zaciosów krokwi na styku z murlatami a także części deskowania dachu wykonanych z desek nieimpregnowanych) i stwierdził, że: „wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający wykazał powyżej. Naruszenie obowiązków zawodowych jest zawinione i poważne." oraz opisał podstawę prawną wykluczenia i odrzucenia oferty Wykonawcy;

4. Strony zawarły w dniu 4 kwietnia 2022 r. w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Umowę zmienioną aneksem nr 1 z dnia 2 czerwca 2022 r. mocą, którego w związku z koniecznością wykonania dodatkowych robót budowlanych i zaniechania części robót, zwiększono wartość umowną o kwotę 54 993,01 zł netto (59 392,45 zł brutto) wynikającą z kosztorysu na roboty dodatkowe i kosztorysu na roboty zaniechane oraz protokołu konieczności podpisanych przez strony i stanowiących załączniki do aneksu, do kwoty łącznie brutto 248 361,49 zł i przedłużono termin wykonania robót z 54 dni o dwa miesiące tj. do 29 lipca 2022 r.
5. przedmiot zamówienia w ramach Umowy nie został wykonany w terminie
6. Zamawiający w dniu 5 października 2022 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od Umowy na podstawie paragrafu 10 ust. 1 stanowiącego, że „W przypadku, gdy Wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykonaniem robót będących przedmiotem umowy tak dalece, iż nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je ukończyć w czasie umówionym, Zamawiający może, bez wyznaczania terminu dodatkowego, od umowy odstąpić jeszcze przed upływem terminu wykonania robót określonym w umowie”, w którym stwierdził, że składane jest w związku przeciąganiem terminu wykonania Umowy i próbami zawyżania kosztorysów na roboty dodatkowe oraz dodatkowo „Ponadto stwierdzono nieodpowiednią jakość wykonanych dotychczas robót, nieprawidłowy nadzór lub jego brak nad prowadzonymi robotami, nieprzestrzeganie przepisów BHP na terenie budowy. Tego rodzaju zaniechanie Wykonawcy w sposób jednoznaczny wypełniło hipotezę §3 aneksu nr 1 oraz §10 ust. 1 umowy nr 30/4/2022, naruszając tym samym postanowienia umowne."
7. Wykonawca złożył w dniu 5 października 2022r. oświadczenie o odstąpieniu od Umowy w oparciu o art. 491 kodeksu cywilnego z winy Zamawiającego, w związku z wprowadzaniem zmian do przedmiotu zamówienia w postaci robót dodatkowych w stosunku do objętych aneksem nr 1 do Umowy, opisanych kosztorysami, które nie zostały zaakceptowane przez Zamawiającego i bez zatwierdzenia i stosownych zmian w projekcie budowlanym i wykonawczym pomimo wezwań do ich wprowadzenia
8. Pomiędzy stronami bezsporne było, że zgodnie z Umową wynagrodzenie należne Wykonawcy zostanie ustalone po odbiorze robót budowlanych, stanowiących przedmiot umowy, na podstawie przeprowadzonego obmiaru oraz kosztorysu powykonawczego, sporządzonego przez Wykonawcę i zaakceptowanego przez Zamawiającego, zgodnie z przyjętymi cenami jednostkowymi oraz narzutami określonymi w ofercie i że Zamawiający dopuści zmianę wynagrodzenia w szczególnym przypadku, o którym mowa w ust. 5 paragrafu 5 Umowy (na który w postępowaniu odwoławczym powoływał się Wykonawca wskazując na zaniechanie zgodnego z Umową zatwierdzenia zmian, które uniemożliwiło mu realizację przedmiotu zamówienia bez ponoszenia ryzyka, czy nowe – po aneksie nr 1 - roboty dodatkowe / zamiennie zostaną rozliczone po zakończeniu prac) i zgodnie z

którym: „Prace nie ujęte w przedmiarze robót, których Zamawiający nie przewidział, a których konieczność wykonania wystąpi podczas realizacji zamówienia, po uzyskaniu pisemnej zgody inspektora nadzoru i sporządzeniu protokołu konieczności, który będzie załącznikiem do sporządzonego aneksu, będą rozliczane w następujący sposób:” tj. w co do zasady w oparciu o ceny jednostkowe ofertowe, ceny wg Secocenbud z marżą ofertową, lub jeśli żadne z powyższych na podstawie zaakceptowanych przez Zamawiającego rachunków zakupu plus koszty zakupu oraz ewentualnie po uprzednim uzgodnieniu zasad z Zamawiającym, w zależności od rodzaju kosztu.

Pomiędzy stronami bezsporne było także to, że po zawarciu Aneksu nr 1 do Umowy wprowadzane były zmiany do zakresu robót i projektów, przedstawiane kosztorysy przez Wykonawcę i nie zawarto dalszych aneksów oraz, że nie wszystkie roboty objęte Umową wykonane zostały należycie a także, że przed odstąpieniem od Umowy strony współpracowały ze sobą, Wykonawca zrealizował na rzecz Zamawiającego szereg zamówień publicznych, które zostały wykonane należycie i odebrane przez Zamawiającego. Nie było również sporu, co do okoliczności, że Wykonawca po odstąpieniu od Umowy składał Zamawiającemu oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i, że Zamawiający odrzucał jego oferty wobec wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt. 5 Ustawy w oparciu o tożsame do zawartego w zakwestionowanej odwołaniu czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy uzasadnienie.

Nie jest również sporne, że Wykonawca nie dokonał samooczyszczenia a w ofercie wskazał, że nie podlega wykluczeniu.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 5) Ustawy wykluczeniu podlega wykonawca, 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.

Tym samym nie jest wystarczające dla wypełnienia hipotezy art. 105 ust. 1 pkt. 5 Ustawy i zastosowania sankcji z art. 111 Pzp wykazanie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Dla stwierdzenia delictu w ramach Pzp konieczne jest bowiem udowodnienie przez Zamawiającego, że zachowanie wykonawcy miało charakter zawiniony i poważny co podważa jego uczciwość zawodową. Kwalifikowany charakter naruszenia powoduje, że należy wykazać i rozważyć wszelkie okoliczności związane z realizacją kontraktu w kontekście tego, czy są tego rodzaju i zakresu, że podważają uczciwość zawodową wykonawcy uzasadniającą wykluczenie go z potencjalnej realizacji kontraktów w reżimie prawa zamówień publicznych na dalsze 3 lata, również w aspekcie proporcjonalności wykluczenia, o której mowa art. 109 ust. 3 Ustawy.

Powyzsze ustalenia i ocena wykraczały jednak poza spektrum rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie a to wobec zaniechania przez Wykonawcę podważenia oceny dokonanej przez zamawiającego w innym, wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na mocy, której został on wcześniej ostatecznie wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 5 Ustawy w związku z Umową – w oparciu o tożsame, co objęte decyzją o odrzuceniu jego oferty w Postępowaniu okoliczności faktyczne i wobec braku upływu czasu, na jaki zgodnie z art. 111 pkt. 4) Ustawa przewiduje skutek wykluczenia.

Izba stwierdza, że zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy złożony został w sytuacji, gdy w innym postępowaniu ziściły się przesłanki wykluczenia Odwołującego, co nie zostało zakwestionowane w drodze środków ochrony prawnej i przy braku upływu okresu na jaki wykonawca został z tej podstawy wykluczony.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, a wnioski Odwołującego o potrzebie dokonywania samodzielnej oceny w kolejnych postępowaniach, również wobec braku przesądzenia tej kwestii w postępowaniu odwoławczym, które zostały już ocenione jako wyczerpujące przesłanki wykluczenia w postępowaniu, prowadziłyby do wypaczenia celu Ustawy, jakim jest wykluczenie na okres wskazany w art. 111 Ustawy wykonawcy wobec którego wystąpiły podstawy z art. 109 ust. 1 pkt 5 lub inne objęte tą regulacją. Szczególnie, że stanowisko Zamawiającego w tej kwestii było stałe również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzanych po odstąpieniu od Umowy. Inne stanowisko prowadzić musiałoby do uznania, że czynność wykluczenia w danym postępowaniu będzie wywoływać skutek na przyszłość tylko gdy kolejny zamawiający lub ten sam zamawiający w innym postępowaniu tak samo oceni okoliczność, w jakich doszło do wykluczenia. Taka sytuacja naruszałaby cel wprowadzenia przesłanki wykluczenia powiązanej z okresem karencji, na jaki to wykluczenie obowiązuje w przetargach prowadzonych na podstawie Ustawy. W sytuacji gdy zachowanie wykonawcy wyczerpujące przesłankę wykluczenia zostanie stwierdzone i wykazane przez zamawiającego w postępowaniu, bez skutecznego wzruszenia tej okoliczności przez wykonawcę to decyzja tego zamawiającego wywołuje skutek dla sytuacji wykonawcy w przyszłych postępowaniach, w okresie przepisany art. 111 Pzp. Ustawa nie dopuszcza tutaj odstępstwa. Takie działanie przepisów potwierdzone zostało między innymi w wyroku Sądu Zamówień Publicznych z dnia 4 kwietnia 2023 r., sygn. XXIII Zs 15/23 wskazaniem, iż wykluczenie z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 (podobnie pkt. 5) jest quasi sankcją karną, nie ogranicza się bowiem w swoich

skutkach tylko do tego przetargu, w którym zostaje orzeczona, ale (poprzez art. 111 pkt 4 Pzp) rozciąga się dalej w czasie na okres kolejnych 3 lat, wykracza więc poza odpowiedzialność czysto kontraktową (podobne stanowisko w wyroku sygn. akt XXIII Zs 71/22).Wartym przywołania jest również wyrok Sądu Zamówień Publicznych z dnia 15 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 21/22, w którym wskazano na brak kognicji Izby do oceny zdarzeń, jakie wystąpiły we wcześniejszych postępowaniach, co do których nie składano odwołań, jak i znaczenia prawomocnej decyzji zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy, co oznacza jednocześnie, że zastosowanie znajdzie art. 111 Ustawy. Poza opisanym skutkiem decyzji danego zamawiającego o wykluczeniu stanowi ona dla wykonawcy jasny sygnał, w jaki sposób należy sytuację tą uwzględniać w kolejnych postępowaniach. Wykonawca zobowiązany jest w takiej sytuacji potwierdzić fakt podlegania wykluczeniu (jeżeli okres na jaki to wykluczenie następuje z mocy prawa nie upłynął), co pozwala na skorzystanie z samooczyszczenia. Tylko w przypadku, gdy zachodzi podstawa wykluczenia mechanizm ten może znaleźć zastosowanie (por. wyrok z 17.06.2022, sygn. XXIII Zs 71/22).

Stanowisko Odwołującego, co do zaistnienia podstaw wykluczenia objętych normą art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy jest jednoznaczne i wskazuje, że w jego ocenie nie można traktować decyzji Zamawiającego w innych postępowaniach jako wiążących dla jego sytuacji w obecnym postępowaniu i że ocena Zamawiającego we wszystkich postępowaniach również objętym odwołaniem była nieprawidłowa i narusza Ustawę wobec niewypełnienia przez zachowanie Wykonawcy przesłanki wykluczenia z art. 109. Ust. 1 pkt 5) Ustawy.

Ocena, czy zachowanie Wykonawcy w ramach Umowy, wypełnia przesłankę art. 109 ust. 1 pkt. 5, w tym przypadku nienależytego wykonania Umowy o charakterze kwalifikowanym tj. o zakresie i charakterze przesądzającym o tym, że stanowi to poważne naruszenie zawodowe skutkujące podważeniem uczciwości zawodowej, nie może, w świetle wyżej przedstawionego stanowiska Izby stanowić przedmiotu oceny w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

W niniejszej sprawie Odwołującynie przyznał fakt podlegania wykluczeniu w ofercie, zaprzeczając tym samym rzeczywistemu stanowi prawnemu w jakim się znajdował, a który wywołały decyzje Zamawiającego także w innych poprzedzających postępowaniach.

Należy zauważyć, że badanie czy w danym postępowaniu wykonawca nie dopuścił się naruszeń, które mogłyby stanowić samodzielną podstawę wykluczenia jest czym innym, niż wskazanie na fakt podlegania wykluczeniu w związku z już przesądzoną oceną zamawiającego w innym postępowaniu. W sytuacji, gdy doszło do jego wykluczenia z postępowania ze skutkiem rozciągniętym w czasie, chcąc uniknąć wykluczenia w Postępowaniu Odwołujący miał możliwość skorzystania z samooczyszczenia, to jednak wymagało przyznania faktu podlegania wykluczeniu. Utrzymywanie, iż sytuacja która miała miejsce przy realizacji Umowy zawartej z Zamawiającym nie wyczerpywała przesłanek wykluczenia oznaczała, iż Wykonawca nie poczuwa się do odpowiedzialności za delikt w rozumieniu Ustawy i w konsekwencji nie przedstawił też nawet z ostrożności w Postępowaniu opisu i dowodów podjęcia czynności naprawczych – samooczyszczających. Jedynie na etapie postępowania odwoławczego wskazywał na ewentualną potrzebę wezwania go do tego przez Zamawiającego, czego Ustawa nie przewiduje i co nie było objęte zarzutem odwołania.

Wobec powyższych ustaleń i twierdzeń oddaleniu podlegały wszystkie zarzuty, w tym również nieprawidłowego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący .....