

WYROK

z dnia 23 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 19 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 czerwca 2023 roku przez odwołującego **M. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą SOLID-MAX M. P. z siedzibą w Tęgoborzew** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Nadleśnictwo Piwniczna z siedzibą w Piwnicznej - Zdroju**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 29 maja 2023 r. dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dalsze badanie i ocenę ofert.
 2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego w ½ i Zamawiającego w ½ i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą, oraz kwotę **861 zł 00 gr** (słownie: osiemset sześćdziesiąt jeden złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu dojazdu jednego pełnomocnika, kwotę **394 zł 00 gr** (słownie: trzysta dziewięćdziesiąt cztery złote zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego z tytułu dojazdu drugiego pełnomocnika oraz kwotę **318 zł 00 gr** (słownie: trzysta osiemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszt noclegu pełnomocnika Zamawiającego.
 - 3.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **2 573 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset siedemdziesiąt trzy złote zero groszy) stanowiącą koszt Odwołującego po potrąceniu wzajemnie należnych Stronom kwot, poniesiony przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

UZASADNIENIE

Nadleśnictwo Piwniczna z siedzibą w Piwnicznej - Zdroju, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Przebudowa drewnianego mostu w leśnictwie Rzyczanów — nr inw. 244/449/21”, nr postępowania: 244/449/21.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 16 marca 2023 r., nr 2023/BZP 00139064/01.

W postępowaniu tym wykonawca M. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą SOLID-MAX M. P. z siedzibą w Tęgoborze (dalej: „Odwołujący”) 2 czerwca 2023 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wobec odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, podważające jego uczciwość, w szczególności polegające na

niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem nie dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, zaś zamawiający nie ustalił faktycznych okoliczności i nie zweryfikował u odwołującego się podawanych informacji przez Inwestora innego zamówienia, tym samym brak jest przesłanek uzasadniających wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

- 2)art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, z przyczyn leżących po jego stronie, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, bowiem nie dopuścił się niewykonania ani nienależytego wykonania w znacznym stopniu lub zakresie ani długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy o zamówienie, zaś zamawiający nie ustalił faktycznych okoliczności i nie zweryfikował u odwołującego się podawanych informacji przez Inwestora wcześniejszej umowy o zamówienie, tym samym brak jest przesłanek uzasadniających wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,
- 3)art. 110 ust. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, podważające jego uczciwość, w szczególności polegające na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a to w związku również z nie udowodnieniem Odwołującemu, iż naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wywołanej swoim nieprawidłowym postępowaniem, a nadto wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem w okolicznościach faktycznej sprawy nie miały miejsca przesłanki skutkujące ziszczeniem podstawy wykluczenia a w związku z tym brak było podstaw do stosowania procedury samooczyszczenia o której mowa w art. 110 ustawy PZP faktycznie zaistniałych w sprawie okoliczności,
- 4)art. 110 ust. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, z przyczyn leżących po jego stronie, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, a to w związku również z nie udowodnieniem Odwołującemu, iż naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wywołanej swoim nieprawidłowym postępowaniem, a nadto wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, bowiem w okolicznościach faktycznych sprawy nie miały miejsca przesłanki skutkujące ziszczeniem podstawy wykluczenia a w związku z tym brak było podstaw do stosowania procedury samooczyszczenia o której mowa w art. 110 ustawy PZP zaś Zamawiający zaniechał merytorycznej oceny faktycznie zaistniałych w sprawie okoliczności,
- 5)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, podczas gdy odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania,
- 6)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy P.H.U.P.T. Ż. W 33-351 Łomnica Zdrój 234 jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy to oferta Odwołującego, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jest ofertą najkorzystniejszą w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert;
- 7)art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i art. 16 ustawy PZP poprzez niewystarczające uzasadnienie faktyczne zawarte w piśmie z dnia 29.05.2023r., a to poprzez nie wskazanie w uzasadnieniu faktycznym pisma z dnia 29.05.2023 r., które przesłanki zawarte w ww. przepisach i dlaczego, ziściły się jego zdaniem, wobec Odwołującego.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy M. P. prowadzącej działalność pod Firmą SOLID-MAX M. P. i odrzucenia jego oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie wnioskowanych dowodów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący wskazał, że jest doświadczonym podmiotem świadczącym od 2013 r. profesjonalne usługi w zakresie m.in. robót budowlanych. Wszystkie zadania i zawarte umowy realizuje z należytą starannością, przy zachowaniu wszelkich obowiązujących przepisów prawa, w sposób w pełni profesjonalny i nigdy nie miały miejsca i nie mają sytuacje aby zaistniało którekolwiek zdarzenie o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 5 i pkt. 7 ustawy PZP w szczególności aby nastąpiło zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, podważające uczciwość odwołującego, w szczególności polegające na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa czy też nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwale nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, z przyczyn leżących po jego stronie, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Odwołujący podkreślił, że to Odwołujący z uwagi na nie wywiązywanie się przez Inwestora — Gminę Bobowa zmuszony był odstąpić od łączącej strony umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Inwestora co nastąpiło w dniu 30 stycznia 2023 r. Faktycznie po dacie, kiedy Odwołujący odstąpił skutecznie od łączącej go umowy z Inwestorem z przyczyn leżących wyłącznie po jego stronie, wpłynęło do Odwołującego się w dniu 1 lutego 2023 r. pismo zatytułowane odstąpienie od umowy. Nie mogło jednak ono wywołać żadnych skutków prawnych, ponieważ na ten moment umowa już nie istniała z uwagi na uprzednie skuteczne odstąpienie od umowy przez Odwołującego się.

W celu wykazania prawdziwości powyższego twierdzenia, Odwołujący przedstawił dowód w postaci wydruku z portalu śledzenia przesyłek potwierdzające odebranie przeze mnie korespondencji Burmistrza Bobowej wraz z kopią kopert w której kierowana była korespondencja dla wykazania okoliczności faktycznej daty odbioru korespondencji zawierającej pismo Burmistrza Bobowej zatytułowane odstąpienie od umowy; - oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Inwestora zawierające datę złożenia pisma na dzienniku podawczym Gminy Bobowa, dla wykazania faktu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Inwestora oraz daty skutecznego odstąpienia od umowy.

W ocenie Odwołującego żadna z przesłanek wykluczenia tak obligatoryjnego jak fakultatywnego nie dotyczy sytuacji, kiedy to Odwołujący się (Wykonawca) odstąpił od umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Inwestora. Zatem bezspornym winno być również, iż Odwołujący nie miał czego udowadniać Zamawiającemu w myśl art. 110 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że doręczanie Odwołującemu (Wykonawcy) ewentualnych odstąpień, po dacie skutecznego odstąpienia przez Wykonawcę nie mogą mieć znaczenia w sprawie bowiem gdyby było inaczej wówczas dochodziłoby do absurdalnych sytuacji kiedy Wykonawcą odstąpił skutecznie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego a np. miesiąc później otrzymuje pismo o takiej treści od Zamawiającego które w żaden sposób nie wywołuje już skutków prawnych bowiem umowa w tych okolicznościach jest nieistniejąca wobec odstąpienia od umowy przez Wykonawcę. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, nie mogło w takiej sytuacji dojść do odstąpienia przez Inwestora. Taka też sytuacja ma miejsce w niniejszej sprawie. Doręczanie jakichkolwiek odstąpień przez Zamawiającego do Wykonawcy po tym jak umowa już nie istnieje wobec odstąpienia przez Wykonawcę nie mają żadnego znaczenia bowiem nie wypełniają przesłanki dającej podstawę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania w tym wskazane w art. 109 ust. 1 pkt. 5 i 7 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, iż w myśl przepisów ustawy na podstawie których Zamawiający wykluczył Odwołującego, aby możliwe było wykluczenie Wykonawcy muszą mieć miejsce zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych, podważające jego uczciwość, w szczególności polegające na niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a taka sytuacja nie miała w żadnym wypadku miejsca lub Odwołujący (Wykonawca) nie wykonywał lub nienależycie wykonał w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, z przyczyn leżących po jego stronie, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, a taka sytuacja też nie miała miejsca, bowiem nie chodzi o przesłanie pisma zatytułowanego odstąpienie od umowy a działanie Wykonawcy (Odwołującego się) skutkujące odstąpieniem od umowy z przyczyn leżących po jego stronie.

Zdaniem Odwołującego nie powinno być wątpliwości w okolicznościach tej sprawy, że odstąpienie Odwołującego (Wykonawcy) od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego a nie Wykonawcy a pismo od Gminy Bobowej zatytułowane odstąpienie od umowy Odwołujący się (Wykonawca) otrzymał w dniu 1 lutego 2023 r. kiedy umowa już nie istniała wobec uprzedniego odstąpienia przez Wykonawcę od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zaniechał wyjaśnienia uzyskanych informacji z Gminy Bobowej u Odwołującego się mimo, iż na wcześniejszym etapie kilkukrotnie wzywał Odwołującego się do składania wyjaśnień. Z nieznanych

Odwołującemu się powodów w tym przypadku tego zaniechał.

Mając na uwadze powyższe wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, było zdaniem Odwołującego, bezpodstawne, tym bardziej, że Zamawiający w ogóle zaniechał merytorycznej oceny faktycznie zaistniałych w sprawie okoliczności. Odwołujący podkreślił, że wszystkie przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 powinny zostać spełnione łącznie, aby wykluczenie na ich podstawie było możliwe.

Odwołujący wskazał ponadto, że w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstaw wykluczenia. W preambule wskazano, że instytucje Zamawiające „*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. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. 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*”.

Z przytoczonych powyżej przepisów odwołujący wywodzi, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy PZP jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto 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. Zamawiający musi także wykazać m.in., że do rozwiązania umowy doszło z powodu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wynikającego z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) oraz że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonywał zamówienie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwale (art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). Brak wystąpienia którejkolwiek przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp, powoduje, że wykluczenie wykonawcy jest niedopuszczalne.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Uzasadnienie faktyczne powinno przy tym odnosić się do wszystkich przesłanek zawartych w przepisach stanowiących podstawę odrzucenia oferty wykonawcy (w tym przepisach dotyczących wykluczenia. jeżeli oferta jest odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp), z podaniem okoliczności faktycznych i oceny tych okoliczności przez Zamawiającego, tak by wykonawca wiedział, co spowodowało jego wykluczenie lub odrzucenie jego oferty i by zostały zachowane zasady, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, w szczególności zasada przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca nie może bowiem zadbać o swoje interesy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie ma dostępu do wiedzy, z jakich konkretnie powodów Zamawiający wykluczył go z postępowania lub odrzucił jego ofertę. W konsekwencji, jeżeli wykonawca nie ma dostępu do takiej wiedzy, nie są realizowane ww. podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP z powodu jego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, jednakże w ogóle nie wskazał w uzasadnieniu faktycznym pisma z dnia 29.05.2023 r., które przesłanki zawarte w ww. przepisach i dlaczego, ziściły się jego zdaniem, wobec Odwołującego. W szczególności Zamawiający nie wskazał, co świadczy o tym, że naruszenie, którego dopuścił się Odwołujący jest poważne, że naruszenie to jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, że zobowiązanie zostało niewykonane w znacznym stopniu albo że było długotrwale nienależycie wykonywane. Powyższe skutkuje koniecznością stwierdzenia, że uzasadnienie faktyczne zawarte w piśmie z dnia 29.05.2023 r. jest zdecydowanie niewystarczające, co stanowi naruszenie przez Zamawiającego zarówno art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak i art. 16 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że poważne naruszenie obowiązków zawodowych, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie może być utożsamiane z jakąkolwiek nieprawidłowością w wykonaniu zamówienia, za którą odpowiada wykonawca i która spowodowała rozwiązanie wcześniejszej umowy. Jak wskazał ustawodawca unijny w motywie 101 dyrektywy klasycznej, chodzi bowiem przykładowo o niewykonanie zamówienia, znaczące wady świadczonej usługi, które spowodowały jej nieprzydatność lub niewłaściwe zachowanie wykonawcy poddające w poważną wątpliwość jego wiarygodność. Odwołujący podkreślił, że drobne uchybienia w wykonaniu umowy, nie powtarzające się wielokrotnie, trwające przez krótki czas, nie powinny być uznawane za naruszenie o charakterze poważnym i nie powinny być automatycznie traktowane jako podważające uczciwość wykonawcy. Podobnie należy ocenić przesłankę niewykonania

lub nienależytego wykonania zobowiązań w znacznym stopniu lub zakresie, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Również w tym przypadku nie chodzi o jakiegokolwiek uchybienie wykonawcy w wykonaniu umowy, ale stosownie do wskazówek zawartych w motywie 101 dyrektywy klasycznej - o znaczące wady świadczonej usługi. Nie można także nie wspomnieć o obowiązującej zasadzie proporcjonalności, na którą zwrócił uwagę ustawodawca unijny w motywie 101 dyrektywy klasycznej. W świetle ww. zasady, nie jest zasadne wykluczanie wykonawcy nawet z powodu drobnych, krótkotrwałych, nie powtarzających się wielokrotnie uchybień.

W świetle powyższych okoliczności, w ocenie Odwołującego, jego wykluczenie z postępowania w takich okolicznościach pozostaje całkowicie bezzasadne.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako ofertę Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania. Tymczasem — jak wykazano w ramach uzasadnienia do zarzutów odwołania Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 Pzp, a czynność wykluczenia go z postępowania została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy.

W złożonej pismem z 15 czerwca 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że dokonał wszechstronnej analizy podstaw wykluczenia Wykonawcy, a co się z tym wiąże w konsekwencji uznał, że zachodzi przesłanka odrzucenia oferty.

Ponadto Zamawiający przypomniał, że w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający (dalej „SWZ”) przewidział, iż jedną z przesłanek wykluczenia Wykonawców pozostawać będzie - zgodnie z punktem 6.2 - art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, art. 109 ust. 1 pkt. 5 oraz 109 ust. 1 pkt. 4. Wymóg powyższy został przewidziany już w ogłoszeniu o zamówieniu. w trakcie oceny ofert Zamawiający uzyskał informacje, że Odwołujący nienależyście Wykonywał umowę, co stało się przesłanką do odstąpienia od umowy przez Inwestora, a w konsekwencji do nałożenia kary umownej. W celu weryfikacji uzyskanych informacji Zamawiający wystąpił do podmiotu na rzecz, którego były wykonywane roboty budowlane z prośbą o udzielenie stosownych informacji na okoliczność zaistnienia ewentualnej przesłanki wykluczenia.

Zamawiający wskazał, że wobec sprecyzowania fakultatywnych przesłanek wykluczenia zobowiązany był do wyjaśnienia zaistniałej sytuacji zwłaszcza, że Odwołujący przedmiotową okoliczność zataił w składanym oświadczeniu z art. 125 ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że pismem z 28 kwietnia 2023 r. znak sprawy SA.270.1.1.2023 Zamawiający zwrócił się do Inwestora z prośbą o wyjaśnienia oraz o przesłanie raportu z wykonania umowy. W odpowiedzi Zamawiający uzyskał informację datowaną na dzień 15 maja 2023, z której wynika, że zarówno Inwestor jak i Wykonawca odstąpił od umowy, a jako przyczynę odstąpienia wskazano opóźnienia w realizacji umowy. W związku z odstąpieniem od umowy inwestor Gmina Bobowa nałożył na Odwołującego karę umowną w wysokości 1 770 000,00 zł. Dodatkowo z ujawnionego raportu z wykonania umowy wynika jednoznacznie, że odstąpienie od umowy nastąpiło z winy Odwołującego, gdyż nie realizował umowy zgodnie z harmonogramem.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący zataił fakt odstąpienia od Umowy w składanym oświadczeniu z art. 125 ustawy Pzp. Zgodnie z nim Odwołujący wskazał, że nie zachodzi w stosunku do niego żadna przesłanka wykluczenia, co stoi w sprzeczności z uzyskanymi przez

Zamawiającego informacjami. Zamawiający wskazał przy tym, że Odwołujący nie podjął procedury *self cleaningu* zgodnie z art. 110 ustawy Pzp. Powołując się na stanowisko Izby wskazane w wyroku z 27 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 88/23 to do Wykonawcy winna należeć inicjatywa dowodowa w tym zakresie, nie zaś do samego Zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyście wykonał albo długotrwale nienależyście 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.

W ocenie Zamawiającego wszystkie przesłanki określone w tym przepisie zostały spełnione łącznie co jest warunkiem *sine qua non* skutecznego wykluczenia. Zamawiający wskazał, że jak wynika z informacji Inwestora zawarto umowę zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący nie wykonał umowy z jego winy co potwierdził Zamawiający. W trakcie realizacji umowy doszło do opóźnień w realizacji harmonogramu robót co należy uznać bezsprzecznie za przyczyny leżące po stronie Odwołującego. Faktem jest również, że doszło do odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przez Inwestora. Podkreślenia również wymaga (wbrew twierdzeniom Odwołującego), że z treści przepisu nie wynika, że odstąpić od umowy musiał inwestor. W analizowanej sprawie doszło do rozwiązania umowy zarówno przez Inwestora jak i Odwołującego. Nie ma przy tym znaczenia, która strona pierwsza odstąpiła od umowy. W świetle powyższego wszystkie przesłanki wskazane w wyżej wymienionym przepisie zostały spełnione łącznie. Tym samym w ocenie Zamawiającego zaszła przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 7 co uzasadniało odrzucenie oferty.

Zamawiający wskazał też, że niezależnie od powyższego, w ocenie Zamawiającego spełniły się przesłanki wykluczenia z

art. 109 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wykluczy 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.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący naruszył obowiązki zawodowe poprzez nierealizowanie umowy zgodnie z jej postanowieniami, a co się z tym wiąże doszło do opóźnień skutkujących odstąpieniem od umowy. Opóźnienia w realizacji umowy skutkujące odstąpieniem od umowy i naliczeniem kar umownych podważają uczciwość i Zamawiający jest w stanie wykazać powyższe okoliczności na podstawie dokumentów przywołanych w odpowiedzi.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego w zakresie braku wezwania do złożenia wyjaśnień na okoliczność odstąpienia od umowy Zamawiający wskazał, że żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na Zamawiającego konieczności uzyskania wyjaśnień w tym zakresie od Odwołującego. Zamawiający wszczął procedurę wyjaśniającą poprzez bezpośrednie zwrócenie się do Inwestora i na jego oficjalnym stanowisku potwierdzonym dokumentami urzędowymi.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego przesłanki wykluczenia nie muszą wystąpić łącznie w ocenie Zamawiającego. Przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 5 jest przesłanką niezależną od tej z art. 109 ust. 1 pkt. 7. Fakt, że w tym konkretnym postępowaniu wystąpiły łącznie nie ma znaczenia dla oceny, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona.

W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę, iż Odwołujący bezspornie znajduje się w sytuacji uzasadniającej zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt. 5 lub 7 ustawy Pzp oraz mając na względzie, że nie przeprowadził on w sposób skuteczny procedury przewidzianej w art. 110 ustawy, Zamawiający winien był odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie przeprowadził w ogóle procedury samooczyszczenia tym samym pozbawił Zamawiającego możliwości przyjęcia stanowiska, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 253 w związku z art. 16 Zamawiający wskazał, że nie doszło do naruszenia. Zamawiający przekazując informację o wyborze oferty najkorzystniejszej zawarł szczegółową informację z uzasadnieniem prawnym i faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego, uzasadnienie odrzucenia jest kompletne i czyni zadość wymogom ustawowym. Podano szczegółowe uzasadnienie i faktyczne i prawne. W związku z powyższym zarzut braku przejrzystości i uczciwej konkurencji jest zdaniem Zamawiającego bezzasadny. W konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wybrał kolejnego wykonawcę w związku z powyższym brak jest, zdaniem Zamawiającego, podstaw do twierdzenia, że doszło do naruszenia art. 239 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca W. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowo-Produkcyjno-Transportowe W. Ż. z siedzibą w Łomnicy – Zdroju. Izba ustaliła na podstawie informacji przekazanych przez Zamawiającego, że wezwanie do zgłoszenia do przystąpienia do postępowania odwoławczego miało miejsce 2 czerwca 2023 r. za pośrednictwem platformy, na której prowadzone jest postępowanie, wobec tego termin na zgłoszenie przystąpienia upływał 5 czerwca 2023 r. Zgłoszenie przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej za pośrednictwem ePUAP miało miejsce 6 czerwca 2023 r., zatem po upływie terminu. Ponadto do zgłoszenia przystąpienia załączono potwierdzenie przekazania informacji o zgłoszeniu przystąpienia Odwołującemu za pośrednictwem operatora pocztowego – data stempla to 6 czerwca 2023 r. Odwołujący oświadcza, że w terminie nie otrzymał informacji o zgłoszeniu przystąpienia, również za pośrednictwem platformy, na której prowadzone jest postępowanie. Ponadto jak wynika z załączonego do zgłoszenia przystąpienia potwierdzenia poinformowania Zamawiającego o przystąpieniu również miało to miejsce 6 czerwca 2023 r., co wynika z daty widniejącej na stemplu potwierdzającym wpływ bezpośredni do Zamawiającego. Wobec powyższego Izba uznała, że zgłoszenie przystąpienia jako dokonane po terminie jest nieskuteczne.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści SWZ, Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie następujących fakultatywnych przesłanek wykluczenia, tj. wskazanych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 4,5,7 (*vide* rozdział 6 pkt 6.1 SWZ).

Ponadto w pkt 6.5 SWZ, Zamawiający wskazał: „Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 6 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7-10 PZP, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wymienione w art. 110 ust. 2 pkt 1)-3) PZP. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w zdaniu poprzednim, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy. Jeżeli podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa wyżej, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Zamawiający wyklucza Wykonawcę.”

W pkt 6.6 SWZ Zamawiający opisał procedurę *self-cleaningu* w następujący sposób: „Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) *naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;*
- 2) *wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:*
 - a) *zwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,*
 - b) *zreorganizował personel,*
 - c) *wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,*
 - d) *utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,*
 - e) *wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.*

Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa powyżej, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa powyżej, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.”

Jak wskazano w pkt 9.2 SWZ, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu Zamawiający żąda oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 3, 108 ust. 1 pkt. 4, art. 108 ust. 1 pkt. 5, art. 108 ust. 1 pkt. 6, art. 109 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt. 7.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z 5 kwietnia 2023 r. Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. SKI-BUD J. B. z siedzibą w Bielsku – Białej,
2. „AW BAUTEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu,
3. P.H.U.P.T.Ż. W z siedzibą w Łomnicy Zdroju,
4. Odwołujący.

Na podstawie treści oferty Odwołującego, Izba ustaliła, że Odwołujący złożył wraz z ofertą Załącznik nr 2 (A), tj. „Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo zamówień publicznych (dalej jako: ustawa Pzp), DOTYCZĄCE BRAKU PRZESŁANEK WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIAMI treści którego Odwołujący oświadczył m.in.: „2.Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 Pzp.”. Zamawiający wyjaśnił, że „w przypadku zaistnienia przesłanki wykluczenia należy zapis pkt 2 przekreślić”. Z treści złożonego wraz z ofertą Odwołującego Załącznika 2(A) wynika, że Odwołujący nie skreślił pkt 2. Ponadto Odwołujący nie wypełnił strony drugiej Załącznika nr 2(A), którą zgodnie z dyspozycją Zamawiającego należało wypełnić w sytuacji, gdy zachodzą podstawy wykluczenia, a gdzie wykonawca miał wskazać „Oświadczam, że zachodzą w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. _____ ustawy Pzp (podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2, 5 lub 109 ust. 2 -5, 7, 10 Pzp).

Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznościami, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp podjąłem łącznie następujące środki naprawcze: (...).”

Następnie Izba ustaliła, że pismem z 28 kwietnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Gminy Bobowa w zakresie

„udzielenia informacji nt. wykonawcy : SOLID-MAX M. P. ul. Św. Krzysztofa 44, 33-312 Tęgoborze z postępowania c nazwie RliGK.271.20.2021 „Budowa Miejskiego Centrum Kultury wraz z parkingiem i drogą dojazdową” Zamawiający zwrócił się „o przesłanie w trybie odwrotnym następujących informacji, które są nam niezbędne do rozstrzygnięcia postępowania tj.

- kiedy została podpisana umowa z Firmą SOLID MAX M. P.
- z jakiego powodu doszło do zerwania umowy
- czy sprawa została skierowana na drogę postępowania sądowego
- kto był stroną inicjującą zerwanie umowy
- czy na wykonawcę zostały nałożone kary umowne jeżeli tak to jakie

Jednocześnie na podstawie Ustawy o dostępie do informacji publicznej prosimy o przesłanie raportu sporządzonego w oparciu o art. 466 ustawy Prawo zamówień publicznych na powyższą okoliczność.”.

Pismem z 15 maja 2023 r., Gmina Bobowa udzieliła odpowiedzi na ww. wezwanie. W treści pisma Gmina Bobowa wskazała: „Inwestor złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy Wykonawcy, z uwagi na opóźnienie w realizacji umowy. Niezależnie od tego, Wykonawca również odstąpił od umowy”. Ponadto Gmina Bobowa poinformowała, że „Zamawiający do dnia dzisiejszego nie skierował sprawy na drogę postępowania sądowego. Natomiast z akt sprawy wynika, że Wykonawca, tj. SOLID – MAX M. P. złożył do Sądu Rejonowego w Gorlicach I Wydział Cywilny wniosek o zabezpieczenie dowodu z opinii biegłego w trybie art. 310 k.p.c.”. Ponadto Zamawiający wskazał, że nałożył na wykonawcę karę umowną w wysokości 1 770 000 zł zgodnie z postanowieniami umowy. Do pisma został załączony raport z realizacji zamówienia z 17 lutego 2023 r.

Pismem z 29 maja 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a. w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy. Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne:

„Zgodnie z wymaganiami SWZ w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4, 109 ust. 1 pkt. 5, 109 ust. 1 pkt. 7. Wykonawca przystępując do postępowania złożył oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z prowadzonego postępowania oraz o spełnianiu warunków uczestnictwa. Wykonawca składając oświadczenie zataił informacje na temat odstąpienia od umowy, co skutkowało nałożeniem kary umownej oraz nie przeprowadził procedury "self-cleaningu", o której mowa w art. 110 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z dyspozycją art. 109 ust. 1 pkt. 7 Zamawiający wykluczył 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. Z posiadanych przez Zamawiającego informacji wynika, że doszło do rozwiązania umowy z winy Wykonawcy zadania realizowanego przez Gminę Bobowa na zadanie pn: „Budowa Miejskiego Centrum Kultury wraz z parkingiem i drogą dojazdową ”. W tym też zakresie Zamawiający zwrócił się do inwestora o wyjaśnienia. Z wyjaśnień inwestora wynika, że: UWAGA „Rozwiązanie o odstąpieniu od umowy nastąpiło w trakcie jej obowiązywania. Wykonawca nie realizował umowy zgodnie z przedstawionym harmonogramem terminowo – rzeczowo - finansowym, opóźnienie pośrednie były tak znaczące w stosunku do ww. harmonogramu, że Wykonawca nie byłby w stanie w terminie wykonać przedmiot umowy,, dokonując oceny jakości wykonywania robót inwestor uznał, że „Ocena sposobu wykonania zamówienia, w tym jakości jego wykonania. Przedmiot zamówienia nie został wykonany zgodnie z zapisami umownymi, ponieważ wystąpiło znaczne opóźnienie w realizacji poszczególnych jego etapów zakresu terminowo – rzeczowo - finansowego. Zostały wskazane liczne uwagi co do jakości wykonanych robót budowlanych. Wykonawca nie przedstawił dokumentacji odbiorowej na znaczną część elementów budowy, brak pełnego udokumentowania robót i zastosowanych materiałów. Ponadto Wykonawca zaniechał przeprowadzenia stosowania procedury self-cleaningu, co umożliwiłoby podjęcie decyzji o niewykluczaniu wykonawcy z prowadzonego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 110 ustawy pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu jedynie w przypadku łącznego spełnienia przesłanek w tym przepisie przewidzianych, ale dodatkowo udowodnienia, iż przesłanki te zostały spełnione. W myśl art. 110 ust. 2 P.z.p., Wykonawca winien udowodnić Zamawiającemu, iż naprawił albo zobowiązał się do naprawienia szkody wywołanej swoim nieprawidłowym postępowaniem, a nadto wyczerpująco wyjaśnić fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami. Czego Wykonawca nie uczynił. Biorąc pod uwagę, iż Wykonawca bezsprzecznie znajduje się w sytuacji uzasadniającej zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp oraz mając na względzie, że nie przeprowadził procedury przewidzianej w art. 110 ustawy, Zamawiający winien był odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a. Niezależnie od powyższego wyjaśnienia Inwestora aktualizują również zastosowanie dodatkowej przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt. 5 PZP/ Zgodnie z którą, Zamawiający wykluczył 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'.

Na zaistnienie wskazanej przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazuje w przekonaniu Zamawiającego otrzymana odpowiedź inwestora przytoczona wyżej. Nadmieniamy przy tym, że jakkolwiek przesłanki wskazane w treści art. 109 ust. 1 pkt. 5 i 7 P.z.p. Zostały w Ustawie P.z.p. określone jako przesłanki fakultatywne, to już okoliczność ich wskazania w SWZ czyni – przy ziszczeniu się tychże przesłanek – wykluczenie Wykonawcy obligatoryjnym. Takie też stanowisko prezentowane jest w literaturze, w odniesieniu do art. 109 Ustawy P.z.p. „Wykluczenie wykonawcy na podstawie komentowanego przepisu dotyczy przesłanek fakultatywnych wykluczenia. Charakter tej fakultatywności wynika z tego, że zamawiający może, lecz nie musi wskazywać tych przesłanek w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Niemniej jednak, w sytuacji gdy zamawiający przewiduje wykluczenie na podstawie którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust. 1, a następnie ona zaistnieje w postępowaniu, jest on obowiązany do wykluczenia każdego wykonawcy, wobec którego przesłanka ta się ziści.” Nadto, jak wskazuje się w literaturze przedmiotu: „Dla ziszczenia się podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. nie jest konieczne „zasądzenie” odszkodowania, jak miało to miejsce na gruncie Prawa zamówień publicznych z 2004 r.” (vide: A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany).”

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą zarzutów odwołania.
art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

5) 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;

(...)

7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

art. 110 ust. 2 ustawy Pzp

Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

została złożona przez wykonawcę:

podlegającego wykluczeniu z postępowania

art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (...)

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie co do zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, z następujących powodów.

Jak wynika z treści art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy 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 zastosowania konieczne jest wykazanie kumulatywnego wystąpienia przesłanek w nim wskazanych. Należy 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. Wskazać przy tym 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 odniesienia się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. (vide wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 25 października 2021 r. sygn. akt KIO 2706/21).

Natomiast jak wynika z treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Z powyższego wynika, że dla zastosowania ww. podstawy wykluczenia konieczne jest wykazanie łączne wystąpienie przesłanek w nim wskazanych. Oznacza to że nie każde nienależyte wykonanie umowy będzie skutkowało zastosowaniem ww. przepisu lecz tylko takie, które wskazuje na nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwale nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań wynikających z umowy, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, które doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Zwrócić przy tym uwagę należy, że podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Wykazania jednak wymaga, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nie obejmuje to przyczyn, za które żadna ze stron umowy nie odpowiada, zwłaszcza noszących znamiona siły wyższej lub związanych z zachowaniem osób trzecich.

Mając na uwadze powyższe rozważania natury ogólnej, stwierdzić należy, że wykluczając wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 lub 7 ustawy Pzp Zamawiający powinien wykazać w sposób niewątpliwy, że zaszyły przesłanki, o których mowa w tych przepisach, co nie miało miejsca w tym postępowaniu odwoławczym i w konsekwencji przesądziło o uwzględnieniu odwołania.

Nie zostało w ocenie Izby wykazane w sposób niewątpliwy, że do naruszenia doszło z winy wykonawcy albo przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w tym nie wykazano, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie ma postać poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Nie sposób również ocenić stopnia nienależytego wykonania. Nie wykazano, że działanie Odwołującego było zamierzone lub było efektem rażącego niedbalstwa. Dodatkowo nie zostało też wykazane w jakim stopniu lub zakresie Odwołujący nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie. Innymi słowy w uzasadnieniu czynności z 29 maja 2023 r., Zamawiający nie wykazał, że spełniły się wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp.

Podkreślić należy, że wypełnienie przesłanek, o których mowa w ww. przepisach ustawy skutkuje zastosowaniem wobec wykonawcy najdotkliwszej sankcji w postaci jego wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia jego oferty z postępowania, dlatego w ocenie składu orzekającego decyzja taka powinna zostać podjęta w oparciu o dowody w wysokim stopniu wykazujące kumulatywne zaistnienie omawianych przesłanek.

Przechodząc do pozyskanych przez Zamawiającego dowodów, Izba musi zwrócić uwagę na korespondencję Zamawiającego z Inwestorem, tj. Gminą Bobowa, gdyż informacje pozyskane w wyniku przeprowadzenia tej korespondencji stały się podstawą do podjęcia przez Zamawiającego zaskarżonej decyzji. W ocenie Izby z korespondencji tej nie wyłania się obiektywny obraz wydarzeń i relacji między Odwołującym a Inwestorem – Gminą

Bobowa. Ponadto na podstawie informacji pozyskanych jako rezultat tej korespondencji nie sposób przesądzić, że przesłanki wskazane w obu podstawach prawnych wykluczenia Odwołującego, tj. w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp zostały spełnione.

Analiza pisma Gminy Bobowa z 15 maja 2023 r. prowadzi do wniosku, że okoliczności rozwiązania umowy z 17 marca 2022 r. na budowę Miejskiego Centrum Kultury wraz z parkingiem i drogą dojazdową nie zostały wskazane sposób rzetelny. Udzielona informacja sugeruje, że jako pierwszy odstąpił od umowy Inwestor z uwagi na opóźnienie w realizacji umowy, podczas gdy Odwołujący uprawdopodobnił, że to on pierwszy złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Gmina Bobowa w tej odpowiedzi nie wskazała żadnych dat kiedy dana czynność danej strony miała miejsce. Odpowiedź jest bardzo ogólna i lakoniczna. Rzeczywiście z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie wynika wprost kto powinien złożyć oświadczenie o odstąpieniu czy wypowiedzeniu umowy, przepis zdaje się kłaść nacisk na sam fakt wystąpienia takiego skutku, jednakże w ocenie Izby odpowiedź Gminy Bobowa udzielona w pkt *Ad tiret 2 i 4*) nie jest wystarczająca dla przesądzenia, że rozwiązanie umowy nastąpiło „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” (vide art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) albo „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” (vide art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Zdaniem Izby udzielona odpowiedź mogłaby stanowić powód do dalszego badania sprawy przez Zamawiającego, w tym pozyskania informacji na temat opóźnień, na temat tego czy Inwestor – Gmina Bobowa wzywał Odwołującego do terminowej realizacji poszczególnych etapów, czy wyznaczał mu dodatkowy termin, udostępnienia korespondencji między Inwestorem a Odwołującym celem ustalenia okoliczności nieterminowej realizacji umowy. Ponadto z odpowiedzi tej nie wynika zupełnie żadna informacja pozwalająca ustalić w jakim stopniu czy zakresie nastąpiło niewykonanie czy nienależyte wykonanie umowy, w tym czy był to stopień istotny, a także ile czasu ten stan trwał - jak stanowi przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Ponadto nie może umknąć uwadze, że przesłanka winy (art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) oraz przesłanka „przyczyn leżących po jego stronie” (art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) zostały przez Zamawiającego ustalone wyłącznie na podstawie oświadczenia Gminy Bobowa, które nie zostało poparte żadnymi dowodami świadczącymi o winie Odwołującego, czy też wystąpieniu przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Innymi słowy, ustalając winę Odwołującego, Zamawiający ograniczył się wyłącznie do oświadczenia Gminy Bobowa. Zamawiający nie dociekał przyczyn niewystąpienia na drogę sądową przez Inwestora a także pominął fakt, że Odwołujący przedsięwziął kroki prawne, o czym Inwestor poinformował w pkt *Ad tiret 3* pisma z 15 maja 2023 r. Natomiast taka informacja powinna w ocenie Izby wzbudzić u Zamawiającego potrzebę dalszego zbadania sprawy, w tym pozyskania bardziej szczegółowych informacji celem ustalenia w sposób niewątpliwy zaistnienia zastosowanych podstaw wykluczenia Odwołującego. Inwestor poinformował też o nałożeniu kary umownej na Odwołującego ale zupełnie pominął okoliczność, że Odwołujący również obciążył go analogiczną karą umowną. Dodatkowo wątpliwości Zamawiającego powinna wzbudzić okoliczność, że Gmina Bobowa powołała się na fakt nałożenia tylko jednej kary umownej i tylko z uwagi na odstąpienie od umowy. Skoro umowa miała być nienależycie wykonana czy też niewykonana, a naruszenia w zakresie terminowości były liczne, to z doświadczenia życiowego wynika, że przed takimi sytuacjami inwestor zabezpiecza się w umowie i przewiduje za takie naruszenia możliwość naliczenia kar umownych.

Przechodząc do oceny informacji zawartych w raporcie z realizacji zamówienia z 17 lutego 2023 r., Izba w pierwszej kolejności dostrzega, że raport ten został sporządzony przez Inwestora, bez udziału Odwołującego. Jest to zatem stanowisko tylko jednej strony umowy. Raport ten potwierdza nałożenie kary umownej nałożonej na wykonawcę (vide pkt II). W pkt II dotyczącym wystąpienia opóźnień wskazano, że nie przekraczały one 30 dni (zaznaczono odpowiedź „nie”). Natomiast znajdująca się po słowie „uwaga” informacja wskazuje ogólnie, że „Rozwiązanie o odstąpieniu od umowy nastąpiło w trakcie jej obowiązywania. Wykonawca nie realizował umowy zgodnie z przedstawionym harmonogramem terminowo-rzeczowo-finansowym, opóźnienia pośrednie były tak znaczące w stosunku do ww harmonogramu, że Wykonawca nie byłby w stanie w terminie wykonać przedmiot umowy”. Analiza informacji podanych w pkt VI raportu, tj. „Przedmiot zamówienia nie został wykonany zgodnie z zapisami umownymi, ponieważ wystąpiło znaczne opóźnienie w realizacji poszczególnych jego etapów zakresu terminowo – rzeczowo – finansowego. Zostały także wskazane liczne uwagi co do jakości wykonanych robót budowlanych. Wykonawca nie przedstawił dokumentacji odbiorowej na znaczną część elementów budowy, brak pełnego udokumentowania robót i zastosowanych materiałów”, również prowadzi do wątpliwości. Na te fragmenty raportu Zamawiający wprost powołał się w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z 29 maja 2023 r. Mając na uwadze powyższe fragmenty raportu, nie jest dla Izby jasne, z jakiego powodu Zamawiający uznał za wystarczające te informacje i dlaczego nie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego, że skoro Inwestor twierdzi że wystąpiło „znaczne opóźnienie w realizacji” to dlaczego Odwołujący nie został z tego powodu obciążony chociażby karą umowną. Natomiast wobec informacji, że „zostały wskazane liczne uwagi co do jakości wykonanych robót budowlanych” Zamawiający nie podjął próby wyjaśnienia jakiego rodzaju były to

uwagi i czego dotyczyły. Wreszcie rzetelność sporządzenia raportu budzi wątpliwości, ponieważ w pkt IV odnoszącym się do odstąpienia od umowy w całości lub części przez zamawiającego lub wykonawcę wskazano jedynie, że od umowy odstąpił Zamawiający (tj. Gmina Bobowa) w części, a w opisie okoliczności oraz przyczyn odstąpienia wskazano lakonicznie „opóźnienia w realizacji przedmiotu zamówienia”. W tej części raportu zupełnie pominięto okoliczność, że Odwołujący również złożył oświadczenie o odstąpieniu od spornej umowy. W tym zakresie raport jest niespójny w oświadczeniem Gminy Bobowa zawartym w pkt *Ad tiret 2 i 4*) pisma z 15 maja 2023 r. Ponadto, jak już Izba wskazała we wcześniejszej części rozważań, nigdzie (także w omawianym punkcie raportu) nie podano w jakiej części miało miejsce odstąpienie od umowy a taka informacja jest niezbędna celem ustalenia przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to jest znacznego stopnia lub zakresu i istotnego zobowiązania.

Ponadto, jak wynika z treści art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przesłanki wskazane w treści tego przepisu zamawiający ma być „w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów”. Mając na uwadze materiał dowody zgromadzony przez Zamawiającego, a będący podstawą zaskarżonej czynności, Izba doszła do przekonania, że zgromadzone dowody nie wpisują się w powyższy wymóg. W ocenie Izby określenie użyte w omawianym przepisie odnoszące się do „stosownych dowodów” należy rozumieć w ten sposób, że powinny to być dowody adekwatne i w sposób niewątpliwy przesądzające wypełnienie się przesłanek warunkujących omawianą podstawę wykluczenia. Tymczasem Zamawiający oparł swoją decyzję na bardzo skąym materiale dowodowym. Kwestia, że dowody te zostały pozyskane tylko od jednej strony sporu nie jest obciążającą Zamawiającego w okolicznościach tej sprawy skoro Odwołujący zaniechał poinformowania Zamawiającego w treści Załącznika 2(A) o zaktualizowaniu się podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. Niemniej jednak nawet pozyskując dowody od jednej strony Zamawiający powinien był zadbać o to, aby były to dowody obiektywne, w tym także sporządzone przez drugą stronę umowy (np. pełna korespondencja między stronami umowy w zakresie kwestii spornych), co nie miało miejsca w tym postępowaniu. Choć przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego wprost wymogu poparcia decyzji o wykluczeniu w związku z tą przesłanką „stosownymi dowodami” jednak jest oczywiste, że aby zastosować tą podstawę wykluczenia zamawiający musi ustalić stan faktyczny w sposób obiektywny aby móc ocenić czy przesłanki wystąpiły czy nie. W tym zakresie, zdaniem Izby, Zamawiający w tej sprawie również temu nie sprostął co do przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Reasumując, podstawy wykluczenia Odwołującego wskazane w treści art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp nie zostały przez Zamawiającego wykazane, w konsekwencji czynność wykluczenia Odwołującego i w konsekwencji czynność odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp nie były prawidłowe, dlatego też Izba nakazała unieważnienie tych czynności. W konsekwencji Izba nakazała również unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 29 maja 2023 r.

Dowody Odwołującego załączone do odwołania i złożone na rozprawie nie miały przesądzającego charakteru dla rozpoznania sprawy, ponieważ Izba przede wszystkim zbadała czynność zamawiającego z 29 maja 2023 r., której treść była kluczowa przy rozpoznaniu zarzutów odwołania.

Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia przez Zamawiającego art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, co było powodem oddalenia tej części zarzutów odwołania. Wskazać należy, że w okolicznościach tej sprawy, Zamawiający wymagał w treści Załącznika 2 (A) oświadczenia w przedmiocie ziszczenia się podstaw wykluczenia wskazanych m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. Konstrukcja formularza była taka, że w sytuacji oświadczenia, że te podstawy wykluczenia wobec wykonawcy zachodzą należało jednocześnie dokonać procedury *selfclearing* opisanej w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, co wynika wprost z treści formularza, strona druga.

Odwołujący w Załączniku nr 2 (A) oświadczył, że sporne przesłanki wykluczenia wobec niego nie zachodzą i nie wypełnił dalszej części formularza odnoszącej się do art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. W tych okolicznościach sprawy zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 110 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie Zamawiającego do wyjaśnienia Odwołującego przed zastosowaniem sankcji wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp jest więc bezzasadny.

Nie potwierdził się też zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadnienie czynności z 29 maja 2023 r. zostało przez Zamawiającego podane. Natomiast Zamawiający w jego treści nie wykazał zaistnienia przesłanej wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego, co należy odróżnić od zaniechania podania uzasadnienia podjętej decyzji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) w zw. z ust. 3 pkt 1) i 2) związku z § 2 ust. 2 pkt 1 i §5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba ustaliła, że sformułowane zostały dwie grupy zarzutów a Odwołujący wygrał spór w połowie. Wobec powyższego strony zostały obciążane kosztami w połowie.

Koszty Odwołującego obejmują poniesiony wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr. Połowa tej kwoty to 5 000 zł 00 gr.

Natomiast zasadne w ocenie Izby koszty Zamawiającego obejmują koszty zastępstwa przed Izbą w wysokości 3 600 zł 00 gr i koszty dojazdu obu pełnomocników w wysokości 861 zł 00 gr i 394 zł 00 gr. W sumie 4 855 zł 00 gr. Połowa tej kwoty to 2427 zł 50 gr. Po potrąceniu i zastosowaniu dyspozycji §7 ust. 6 ww. rozporządzenia, kosztu należne Odwołującemu to 2573 zł 00 gr, co znalazło odzwierciedlenie w pkt. 3.2 sentencji wyroku.

Izba zgodnie z treścią §5 pkt 2) ww. rozporządzenia zgłoszone koszty noclegu uznała za niezasadne.

Przewodnicząca: