

Sygn. akt: KIO 1462/23

## WYROK

z dnia 12 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 7 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 maja 2023 r. przez wykonawcę **GEO Sp. z o.o. z siedzibą w Radymnie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Laszki** przy udziale wykonawcy **Sanitex Sp. z o.o. z siedzibą w Tryńczy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. oddala odwołanie;
  2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę GEO Sp. z o.o. z siedzibą w Radymnie, i:
    - 2.1. 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.
- 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1462/23

### Uzasadnienie

**Gmina Laszki** (dalej „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp” pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w m. Bobrówka - Gmina Laszki”, znak sprawy: PGR.V.271.4.2023 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 marca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00134257/01.

Zamawiający w dniu 19 maja 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, jednocześnie wykluczając z postępowania wykonawcę **GEO Sp. z o.o. z siedzibą w Radymnie** (dalej „GEO” lub „odwołujący”). Z decyzją tą nie zgodził się wykonawca GEO, składając swoje odwołanie na powyższe czynności w dniu 24 maja 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że ten naruszył niżej wymienione przepisy ustawy Pzp:

1. art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego po upływie 3 lat od zaistnienia zdarzenia stanowiącego podstawę wykluczenia;
2. art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo braku podstaw do zastosowania wskazanych podstaw;
3. art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty z naruszeniem prawa i dokonanie wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu;

4.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w konsekwencji faworyzowanie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący, w oparciu o wyżej wskazane zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego podjętej na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp; unieważnienia podjętej na podstawie art. 253 ust.1 i 2 ustawy Pzp czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący, uzasadniając zarzuty odwołania, w pierwszej kolejności przywołał zapisy specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) - Rozdział IX - Podstawy wykluczenia z postępowania, w których zamawiający wskazał na możliwość fakultatywnego wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp. Przypomniał, że w dniu 27 kwietnia 2023 r., zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie możliwości wykluczenia odwołującego z postępowania. W odpowiedzi na powyższe, odwołujący przedłożył wyjaśnienia wskazując, że brak jest podstaw do wykluczenia.

Zamawiający, pismem z 19 maja 2023 r., na podstawie art. 253 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczył odwołującego, wskazując w uzasadnieniu na: trwającą sprawę przed Sądem Okręgowym w Przemyślu Sygnatura IC.4/23 za naruszenie zapisów wcześniejszej umowy nr RGR.V.7013.20.2017 w zakresie nie podjęcia prac naprawczych w okresie gwarancji (pomimo wielu wezwań); naruszenie obowiązków zawodowych w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa tj., że odwołujący nienależycie wykonał przedmiot wcześniejszej umowy poprzez: zastosowanie innego wyrobu pn.: MasterSeal M 452, pomimo zatwierdzenia pisemnie zgłoszonego materiału do ochrony powierzchni betonu firmy BASF o nazwie MasterSeal M 740 jako epoksydowo-bitumicznej hydroizolacyjnej powłoki do konstrukcji narażonych na agresję chemiczną, odpowiadającej warunkom ustalonym w zawartych dokumentach przetargowych, nie wykonanie pełnego zakresu zamówienia, w tym: brak wykonania wentylacji wywiewnej fi 160 ze zbiornika zamkniętego retencyjnego umiejscowionego pod pomieszczeniem sitopiaskownika i wyprowadzonej ponad dach, nie wykonanie zabezpieczenia w postaci skarby umocnionej płytami jumbo zabezpieczającej rurociąg przekazujący osad z reaktora do pomieszczenia przeróbki osadu przed zamrożeniem. Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z zawartymi w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty podstawami wykluczenia.

Wyjaśniał, iż umowę na realizację zadania pn.: Budowa i rozbudowa istniejącej oczyszczalni ścieków w m. Laszki zawarł w dniu 19 października 2017 r. i została ona należycie wykonana. Podkreślał, że zdarzenie, które stanowi podstawę wykluczenia miało miejsce 12 grudnia 2019 r. (przeгляд pogwarancyjny). Skutkuje to tym, że zastosowanie podstawy wykluczenia nie może aktualnie mieć miejsca, ponieważ upłynął 3 letni okres od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Argumentował, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, przepis art. 111 pkt 4 ustawy Pzp określa jednoznaczne ramy czasowe trzyletniego okresu wykluczenia w przypadku zaistnienia zdarzenia, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przepis wskazuje na moment, w którym okres wykluczenia rozpoczyna swój bieg, a którym jest zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Moment końcowy określany jest zaś przez upływ trzech lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Przepis art. 111 pkt 4 ustawy Pzp wyznacza zatem konkretny punkt czasowy, w którym okres wykluczenia kończy się, niezależnie od istnienia jakichkolwiek innych okoliczności, w tym niezależnie od faktu czy dany wykonawca w tym czasie ubiega się o udzielenie zamówienia czy też nie. Upływ tego okresu jest okolicznością obiektywną, która powoduje, że wykonawca nie może już zostać wykluczony

z postępowania za zdarzenie, którego okres wykluczenia dotyczył. Kluczowe znaczenie dla prawidłowej interpretacji omawianych norm ma okoliczność, iż art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz art. 111 pkt 4 ustawy Pzp mają charakter stricte sankcyjny. Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w at. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wiąże się dla wykonawcy z bardzo dotkliwą karą, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres trzech lat (z zastrzeżeniem uprawnienia wykonawcy do skorzystania z instytucji samooczyszczenia). Sankcyjny charakter omawianych regulacji nakazuje ścisłą ich interpretację, w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej (tak w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt KIO 566/22). Ponadto, w wyżej przytoczonym Wyroku wskazuje się, że ustawa Pzp określa wyłącznie długość trwania okresu wykluczenia i nie zawiera przepisów, które wskazywałyby na możliwość zawieszenia czy przerwania biegu okresu wykluczenia na skutek zaistnienia określonych zdarzeń, w szczególności nie przewiduje możliwości wstrzymania biegu tego okresu, w sytuacji złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Upływ okresu wykluczenia następuje ex lege i powoduje, że podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania ustaje. Skoro ustawa Pzp nie zawiera żadnych regulacji umożliwiających przedłużenie tego okresu (jak na przykład instytucja przedłużenia

przedawnienia karalności z art. 102 k.k.), to z faktu, że okres wykluczenia upłynął w toku postępowania o udzielenie zamówienia, nie powinno się wywodzić dla wykonawcy negatywnych konsekwencji.

Odwołujący, z ostrożności procesowej, wskazał również na inne okoliczności, które przemawiały za zasadnością odwołania. Zawistość sporu sądowego w żaden sposób nie przesądza o zaistnieniu przesłanek do wykluczenia. W wyjaśnieniach odwołujący szczegółowo odniósł się do twierdzeń zawartych w wezwaniu i wyjaśnił wątpliwe kwestie (wyjaśnienia odwołującego z dnia 2 maja 2023 r.). Podkreślenia, jego zadaniem, wymagają zwłaszcza twierdzenia zawarte w wyjaśnieniach w których zauważył, że pomimo wiedzy o wadach i postępującej degradacji powłok oczyszczalni, zamawiający nie podejmuje samodzielnie naprawy do czego był zobowiązany na podstawie § 9 ust. 7 umowy z dnia 19 października 2017 r., co świadczy o tym, iż zamawiający zdawał sobie sprawę, że jego roszczenie jest bezzasadne. Brak decyzji zamawiającego co do sposobu naprawy wstrzymało możliwość podjęcia prac przez wykonawcę. Zamawiający, pomimo wiedzy o wadzie i konieczności przeprowadzenia napraw uszkodzonych powłok, do dnia dzisiejszego nie podjął decyzji co do technologii wykonania tych napraw (przede wszystkim rodzaju środka izolacyjnego). Kilkadziesiąt pisemnych i ustnych wystąpień wykonawcy w tym zakresie do chwili obecnej pozostaje bez odpowiedzi ze strony zamawiającego. Jego zdaniem powłoki izolacyjne na wewnętrznych ścianach zbiorników zostały wykonane zgodnie z zapisami dokumentacji technicznej: w SST06, gdzie w rozdziale 2. Materiały. Punkt 2.3. Materiały izolacyjne, na stronie 45 zawarto zapis: „masa epoksydowo - smołowa do zabezpieczenia ścian wewnętrznych komór”. Sformułowania „epoksydowo - smołowe” i „epoksydowo - bitumiczne” są tożsame, są używane zamiennie. Z kolei w przedmiarze robót branży architektoniczno-budowlanej oczyszczalni, w elemencie robót dotyczących wykonania izolacji zastosowano katalog nakładów rzeczowych KNR40/105/3, w pozycjach 58, 95, 196 „Wykonanie grubowarstwowej powłoki ochronnej na powierzchniach wewnętrznych zbiornika środkiem epoksydowo-smołowym odpornym na oddziaływanie środowiska agresywnego chemicznie”, wnioskiem nr 15 wykonawca otrzymał akceptacje Materiału M 740, który spełnia wszystkie wymogi zawarte w dokumentacji. Materiał MasterSeal M 740 był produkowany w fabryce we Włoszech, produkcja została przeniesiona do zakładu w Hiszpanii, gdzie ten materiał uzyskał oznaczenie MasterSeal 452. Według zapewnień przedstawiciela firmy BASF jest to ten sam materiał. Podwykonawca - firma ENOSTA pismem z 2 czerwca 2020 r. wyjaśniała powyższe wykonawcy i zamawiającemu. Zastępca Dyrektora ds. technicznych Janusz Banera pracownik BASF, producenta środka izolacyjnego w pisemnym stanowisku, sporządzonym na zlecenie Spółki P.P.U.H. ENOSTA Sp. z o.o. wskazał, iż MasterSeal M 740 i MasterSeal M 452 są technologiami równoważnymi zarówno pod względem bazy chemicznej oraz ze względu na zakres ich zastosowania. Tym samym zmiana tego środka przy wykonywaniu prac budowlanych, nie miała wpływu na powstanie zgłoszonych przez Inwestora wad. Doradca techniczny BASF Mariusz Blewąski, na pytanie przedstawione w oficjalnej wiadomości e-mail z dnia 19 lutego 2020 r. również wskazał że powłoki MS M 452 i MS M 740 oparte są na tej samej bazie chemicznej czyli epoksydowo-bitumiczne. Tym samym ich odporność na agresję chemiczną jest taka sama (jako dowód odwołujący załączył pismo Janusza Banery z dnia 29 maja 2020 r. oraz pismo z dnia 30 stycznia 2023 r. skierowane przez Masters Builders Solutions Polska Sp. z o.o. do Spółki GEO). Wykonawca także dokonał stosownego wpisu w dzienniku budowy, informującego o zamianie środka, a Inspektor zaakceptował tą zmianę, nie wstrzymując prac.

Odwołujący złożył ofertę zgodnie z wymaganiami zamawiającego i wykonał zamówienie w pełnym zakresie. Odnosząc się do twierdzenia, że brak było wykonania wentylacji wywiewnej PVC Ø 160 mm odwołujący wskazał, że w zamkniętym zbiorniku retencyjnym KZ3 przedmiar robót nie uwzględniał tej wentylacji oraz, że ta pozycja nie była wyceniona przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym. Zgodnie z normą wyrażoną w art. 99 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający jest obowiązany opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Skoro zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu ofertowego na podstawie dołączonych do SWZ przedmiarów to odwołujący na podstawie przedłożonych dokumentów przetargowych sporządził ofertę, która nie była kwestionowana przez zamawiającego. Dodatkowo zauważył, że w orzecznictwie, jednoznacznie wskazuje się, że w ramach procedury zamówień publicznych nie jest dopuszczalne obciążanie wykonawcy ryzykiem wykonania - bez stosownej zapłaty - robót, których zakresu nie można było przewidzieć na etapie postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o dokumentację przetargową sporządzoną przez zamawiającego, a przeprowadzona przez wykonawcę wizja lokalna nie dała podstaw do zwrócenia zamawiającemu uwagi na nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia (tak w Wyroku

SN z 4 lipca 2019 r., sygn. IV CSK 363/18). Z kolei w Wyroku SA w Warszawie z 22 lutego 2019 r., sygn. VII AGa 574/18 stwierdzono, że wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, a nieprzewidzianych w dokumentacji przedstawionej przez zamawiającego, na podstawie której przygotowana jest oferta wykonawcy, a wiążących się jednocześnie ze znacznymi kosztami. Ponadto, za niedopuszczalne uznać należy przerzucenie na wykonawcę ryzyka gospodarczego, wynikającego z niewystarczającego opisu przedmiotu zamówienia i błędnej treści wyjaśnień udzielonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia (tak Wyrok SN z 18 lutego 2016 r., sygn. II CSK 197/15).

Z uwagi na to, że wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy, a zamawiający nie przewidział pozycji przedmiarowej dla elementu wentylacja wywiewna z rur PCV Ø 160 mm zgodnie z rysunkiem TO3, odwołujący nie wycenił tych elementów. Jednocześnie odwołujący uznał, że wobec braku wskazania, wentylacja w dokumentacji nie jest w zakresie wykonania lub, że zamawiający wykona ją we własnym zakresie. W protokole odbiorowym zamawiający nie wskazał, że nie wykonano wentylacji wywiewnej, nie podnosił konieczności jej wykonania, nie wzywał do usunięcia wad (na okoliczność powyższego odwołujący przywołał protokół odbiorowy z dnia 30 listopada 2018 r.). W trakcie przeglądu gwarancyjnego obiektu w dniu 9 listopada 2020 r., odwołujący jednoznacznie wskazał, że zamawiający nie zlecił wykonania montażu rury wywiewnej. Pismem z dnia 27 listopada 2020 r. odwołujący wyjaśnił, iż przedmiotowa wywiewka nie była przewidziana w dokumentacji przetargowej. Równocześnie, na zorganizowanym spotkaniu odwołujący zadeklarował gotowość wykonania tych prac w ramach otrzymanego zgłoszenia jako roboty dodatkowej, nie objętej zamówieniem podstawowym. Zamawiający pismem zgłosił gotowość do wykonania wentylacji przez odwołującego za dodatkowym wynagrodzeniem (na dowód przywołano pismo zamawiającego z dnia 4 listopada 2020 r. RGR.V.7013.12.2020). W dniu 19 listopada 2020 r. dokonano odbioru wykonania wentylacji wywiewnej fi 160 w miejscu wskazanym przez zamawiającego bez uwag.

Ponadto odwołujący nie zgadzał się ze stwierdzeniem, iż nie wykonano zabezpieczenia rurociągu przekazującego osad z reaktora do pomieszczenia przeróbki osadu przed zamrożeniem. Zabezpieczenie zostało wykonane zgodnie z ustaleniami z zamawiającym oraz Inspektorem Nadzoru. Ocieplenie wykonano w technologii izolacji cieplnej pianką poliuretanową w estetycznej osłonie z tworzywa PVC. Jako dowód wykonania, zgodnie z podjętymi ustaleniami przez kierownika robót sanitarnych, jest brak uwag w czasie odbiorów częściowych i podczas odbioru końcowego.

Zamawiający w podstawie wykluczenia wskazał art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp, które w tej konkretnej sytuacji nie miały miejsca. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp używa pojęć kategoriycznych, jednoznacznych, takich jak: poważnie naruszył obowiązki zawodowe czy zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Przedmiot zamówienia wykonany przez odwołującego został odebrany przez zamawiającego, brak jest podstaw do zarzucenia celowego działania, rażącego niedbalstwa czy naruszenia obowiązków zawodowych. Zamawiający powinien ocenić rozmiar i powagę naruszenia oraz stopień zawinienia. W przepisie podkreślono, że naruszenie powinno wynikać z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Nie każde więc nienależyte wykonanie umowy, nawet w przypadku naliczenia kar umownych czy odstąpienia od umowy, będzie podstawą do wykluczenia wykonawcy (tak w Wyroku TSUE z 13 lutego 2017 r. w sprawie C-171/15, Connexion Taxi Services BV v. Staat der Nederlanden i in., EU:C:2016:948). Wykluczenie na tej podstawie wymaga dysponowania przez zamawiającego dowodami, potwierdzającymi naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę, w tej sytuacji zamawiający takimi dowodami nie dysponuje.

Kolejna podstawa wykluczenia wykonawcy tj.: art. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp również nie miała miejsca. Odwołujący wykonał przedmiot zamówienia, który został odebrany przez zamawiającego. Zamawiający nie wypowiedział, nie odstąpił od umowy, nie otrzymał odszkodowania, nie dokonał wykonania zastępczego i nie zrealizował uprawnień dotyczących rękoma za wady. Żadna przesłanka wskazana w przepisie nie została zrealizowana. Ponadto przepis używa sformułowania: nienależyte wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy. Na gruncie przepisu niewykonanie lub nienależyte wykonanie powinno wystąpić w stopniu istotnym i może dotyczyć istotnego zobowiązania z umowy, nie zaś całej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skoro wadliwość wykonanych prac jest tak duża (istotna), to dlaczego zamawiający ciągle korzysta z zamontowanych urządzeń oraz całego obiektu oczyszczalni. Wykonany przez odwołującego przedmiot zamówienia był wykonany należyście i zgodnie z technologią określoną przez zamawiającego.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przystąpił wykonawca: **Sanitex Sp. z o. o. z siedzibą w Tryńcy** (dalej „przystępujący”).

Zamawiający w dniu 2 czerwca 2023 r., działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Swoje stanowisko w sprawie zaprezentował także przystępujący w piśmie z 7 czerwca 2023 r., wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, stanowiskiem pisemnym złożonym przez przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o udzielenie zamówienia. Odwołujący został wykluczony z postępowania i z tego powodu nie uzyskał zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w klasyfikacjach punktowych. Szkoda, jaką odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp przejawia się w braku możliwości pozyskania do realizacji niniejszego zamówienia, co wiąże się także z utratą spodziewanego zysku. Ponadto, brak uwzględnienia niniejszego odwołania spowoduje wykluczanie odwołującego w innych postępowaniach prowadzonych przez tego zamawiającego, co w sposób rzeczywisty utrudni jego działalność.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez strony, załączone do pism procesowych i przedłożone na rozprawie.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy przywołać treść przepisów, które znajdą zastosowanie w rozpoznawanej sprawie. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który stał się podstawą podjęcia przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, 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. Wskazać należy, że w tym przypadku to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu ziszczenia się przesłanek uzasadniających wykluczenie z tego tytułu. Zamawiający musi wykazać, że zachowanie wykonawcy miało związek po pierwsze z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy, zawartej w wyniku przeprowadzonego zamówienia publicznego. Nadto, owe niewykonanie lub nienależyte wykonanie musi mieć postać poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, które podważa uczciwość wykonawcy. Dodatkowo, konieczne jest stwierdzenie, że niniejsze naruszenie było zawinione przez wykonawcę, do tego poprzez działanie zamierzone lub będące efektem rażącego niedbalstwa. Wszystkie te przesłanki

muszą być wykazane łącznie. W kontekście powyższych uwag, zadaniem Izby w takim przypadku jest zbadanie, czy niewykonanie umowy było na tyle istotne, że można je zakwalifikować jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Jednocześnie Izba ma za zadanie ustalić, czy zaistniała okoliczność miała charakter zawiniony przez wykonawcę w stopniu podważającym jego uczciwość. Do tego, czy były one skutkiem rażącego niedbalstwa. Jednocześnie, przy ocenie okoliczności danego przypadku winna zbadać ewentualne przyczynienie się zamawiającego,

który powinien współdziałać przy realizacji zamówienia, do niewykonania umowy przez wykonawcę. Z kolei, przy ocenie wywiązywania się wykonawcy z ciążących na nim powinności, należy wziąć pod uwagę podejmowane przez niego działania zmierzające do wykonania zamówienia tak, aby osiągnąć cel umowy.

Z kolei treść drugiego z przepisów, którego naruszenie zarzucał zamawiającemu odwołujący tj. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wprowadza sankcję wykluczenia z postępowania takiego wykonawcy który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał, istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przepis precyzuje zatem jakie okoliczności i przesłanki muszą zaistnieć, aby wykluczenie było możliwe. Po pierwsze wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego a powyższe miało charakter istotny. Dalej konieczne jest stwierdzenie, że owo niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź też długotrwale nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a ponadto konsekwencją powyższego było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, zasądzenie odszkodowania, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przy czym, z uwagi na sankcyjny charakter przepisu, którego skutkiem jest pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie, tak jak w przypadku sankcji przewidzianej w poprzednim przepisie - wszystkie określone w nim przesłanki muszą wystąpić łącznie.

Dodatkowo należy też nadmienić, że aby dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania, określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp podstawy wykluczenia muszą być przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2 ustawy Pzp), zaś wykluczenie może nastąpić, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego jego podstawą (art. 111 pkt 4 ustawy Pzp). Ten ostatni przepis, którego naruszenie zarzucał również odwołujący stanowi, że wykluczenie wykonawcy, w przypadkach opisanych w tych przepisach następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia, będącego podstawą wykluczenia.

Izba zwraca także uwagę, że w art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Ustawodawca unijny wskazał, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, 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 wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Również w przypadku art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, wykluczenie wykonawcy może nastąpić jedynie w sytuacji zaistnienia wszystkich przesłanek łącznie.

Należy także zwrócić uwagę, że w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej Ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy 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 podające 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 wynika zatem jednoznacznie, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w nich przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie, to ustawodawca krajowy określa w jakich przypadkach takie wykluczenie będzie miało miejsce. Ustawodawca określił także ramy czasowe, kiedy zamawiający może taką decyzję, art. 111 ustawy Pzp ogranicza bowiem możliwość wykluczenia wykonawców ze względu na upływ czasu, co stanowi jedną z gwarancji realizacji zasad proporcjonalności i równego traktowania wykonawców.

Przekładając powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że zamawiający w dokumentach zamówienia przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku, gdy zajdą okoliczności przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Pzp, w konsekwencji zastosowana podstawa

prawna wykluczenia była możliwa do zastosowania wobec odwołującego.

Dalej należy podkreślić, że obydwie omawiane przesłanki ustawodawca wprowadził w takim celu, aby zamawiający miał możliwość, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zweryfikowanie czy wykonawca ubiegający się o zamówienie daje rękojmię należytego wykonania przyszłej umowy. Przedmiotowa weryfikacja opiera się w tym przypadku na zdarzeniach i okolicznościach, które miały miejsce przy realizacji zobowiązań wynikających

z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tym przypadku, co należy zaznaczyć, zastosowana wobec wykonawcy sankcja wynikała z faktu, że ten jako strona umowy nr RGR.V.7013.20.2017 z dnia 19 października 2017 r. miał wykonać, na rzecz zamawiającego zadanie polegające na: Budowie i rozbudowie istniejącej oczyszczalni ścieków w m. Laszki, zgodnie z przyjętą ofertą i specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Jako, że przedmiotowe zadanie realizowane było na rzecz zamawiającego to ten posiada pełną wiedzę na temat zakresu prac, które były konieczne do wykonania, okoliczności realizacji tej umowy, w końcu także co do uchylania się wykonawcy od podjęcia prac naprawczych w okresie gwarancji, pomimo kierowania do wykonawcy szeregu wezwań.

Zamawiający, w ocenie Izby, w sposób prawidłowy, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności zaistniałe w przedmiotowej sprawie ustalił, że zastosowanie znajdują przepisy, pozwalające mu na zastosowanie wobec odwołującego sankcji w postaci wykluczenia go z postępowania.

Wypełniły się bowiem wszystkie okoliczności dla zastosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający wykluczając odwołującego, stwierdził bowiem w pierwszej kolejności,

że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy niewykonanie umowy było na tyle istotne, że można je sklasyfikować jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Zwrot użyty przez ustawodawcę: poważne naruszenie obowiązków zawodowych jest wyrażeniem niedookreślonym. W jego rozumieniu pomocne jest niewątpliwie stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażone w ramach wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. sygn. akt C- 465/11 w sprawie Forposta, w którym wskazano, że pojęcie "poważnego wykroczenia" zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy, wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto jak podkreślił TSUE

w przywołanym wyroku stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.

W konsekwencji, aby istniała możliwość zastosowania art. 109 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie istotnego naruszenia podstawowych warunków realizacji zamówienia. W ocenie Izby w niniejszym przypadku z takim zachowaniem wykonawcy mamy do czynienia. Odwołujący bowiem nienależycie wykonał przedmiot wcześniejszej umowy, stosując niezgodną

z zapisami dokumentacji technicznej technologię: w projekcie przewidziano wykonanie grubowarstwowej (dwie warstwy) powłoki ochronnej na powierzchniach wewnętrznych zbiornika środkiem epoksydowo-smołowym, zamiast epoksydowo-bitumicznej, którą zostały wykonane przedmiotowe izolacje; w sposób niewłaściwy przygotowując podłoże pod warstwy izolacyjne

w zbiornikach; zastosował inny wyrób pn.: MasterSeal M 452, pomimo zatwierdzenia pisemnie zgłoszonego materiału do ochrony powierzchni betonu firmy BASF o nazwie MasterSeal M 740 jako epoksydowo-bitumicznej hydroizolacyjnej powłoki do konstrukcji narażonych na agresję chemiczną.

Ponadto, pomimo ściśle określonego do wykonania zakresu, który wynikał z treści § 1 ust. 3 umowy, nie wykonał wentylacji wywiewnej fi 160 ze zbiornika zamkniętego retencyjnego, nie wykonał zabezpieczenia w postaci skarpy umocnionej płytami jumbo zabezpieczającej rurociąg przekazujący osad z reaktora do pomieszczenia przeróbki osadu przed zamrożeniem.

Już tylko pierwsza kwestia tj. brak wykonania umowy zgodnie z dokumentacją dowodzi dopuszczenia się poważnego niedbalstwa ze strony odwołującego, jednakże co nie powinno umknąć uwadze, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, w której zamawiający stwierdził aż trzy nieprawidłowości, które wystąpiły przy realizacji jednej tylko umowy. Istotne

w okolicznościach niniejszej sprawy jest również to, że powyższe działania doprowadziły do skutków w postaci zniszczenia powłoki izolacyjnej i wierzchnich warstw betonu, co zostało stwierdzone w notatkach służbowych z dnia 12 grudnia 2019 r. oraz 11 maja 2020 r. Na tej podstawie, zamawiający pismem z dnia 4 listopada 2020 r. zwołał przegląd gwarancyjny obiektu oczyszczalni ścieków w Laszkach na dzień 9 listopada 2020 r. z udziałem odwołującego. Z analizy

dostępnych dokumentów i przeprowadzonych dwukrotnie oględzin wynikał wniosek, iż proces destrukcji, spowodowany chemicznie agresywnym oddziaływaniem na powłoki izolacyjne i stal zbrojeniową, w dalszym ciągu postępuje i wywołuje szybką korozję betonu i stali w ZBR i powolniejszą w czasie destrukcję powłok w pozostałych czterech przedmiotowych zbiornikach SBR 1,2,3,4.

W przedmiotowej sprawie odwołujący nie poinformował zamawiającego, przed przystąpieniem do realizacji prac budowlanych o żadnych problemach z zastosowanym materiałem, jak również nie wykonał zadania z wykorzystaniem materiału wskazanego przez projektanta, ponieważ zastosował materiał, który uznał za równoważny. Co więcej, odwołujący miał informację od podwykonawcy o wadliwości materiału, której nie przekazał zamawiającemu, wykonał roboty budowlane przy użyciu innego materiału, który okazał się nie być właściwy do zastosowania w tym miejscu. Te wszystkie okoliczności w ocenie Izby decydują o tym, że można mówić o wystąpieniu istotnego naruszenia podstawowych warunków realizacji zamówienia.

Jednocześnie zaszła także druga okoliczność w postaci zawinienia wykonawcy, gdyż podstawowym obowiązkiem każdego podmiotu realizującego zamówienie, jest jego wykonanie zgodnie z projektem, przy zastosowaniu uzgodnionych materiałów. Tymczasem, o czym była mowa powyżej w okolicznościach rozpoznawanej sprawy doszło do zmiany technologii i zastosowanych materiałów. Nie budzi wątpliwości, że zatwierdzenie inspektora nadzoru dotyczyło zgłoszonego materiału do ochrony powierzchni betonu firmy BASF o nazwie MasterSeal M 740, jako epoksydowo-bitumicznej hydroizolacyjnej powłoki do konstrukcji narażonych na agresję chemiczną, odpowiadająca warunkom ustalonym w zawartych dokumentach przetargowych (Wystąpienie o zatwierdzenie materiału Nr 15 wraz z zatwierdzeniem przez inspektora nadzoru

z dnia 22 sierpnia 2018 r.). Natomiast, zgodnie z wpisem w dzienniku budowy Nr 294/2025 na str. 19, została zastosowana bez uzgodnienia z zamawiającym, inna powłoka tj. MasterSeal 452. Powłoka zastosowana samowolnie przez odwołującego nie została do tych celów przeznaczona, co doprowadziło do sytuacji, w której wada uniemożliwia korzystanie z przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem.

Przy tym bez znaczenia jest w tym przypadku, co podnosił odwołujący, że wartość przedmiotu sporu, którą wskazał zamawiający w sprawie toczącej się przed Sądem Okręgowym w Przemyślu, sygn. akt IC.4/23 za naruszenie zapisów wcześniejszej umowy

nr RGR.V.7013.20.2017 w zakresie nie podjęcia prac naprawczych w okresie gwarancji ustalono na 300 000,00 zł. Przy ocenie czy dane działanie wyczerpuje przesłanki opisane w przepisie należy bowiem brać pod uwagę jakie były skutki, powstałe w wyniku wadliwego działania wykonawcy, a zatem czy mamy do czynienia z sytuacją w której doszło do znacznych nieprawidłowości. Na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć twierdząco z uwagi na wymienione wyżej uchybienia po stronie odwołującego.

Nie ulega także wątpliwości, że poprzez swoje działania odwołujący doprowadził do takiej sytuacji, w której możemy mówić, że podważona została jego uczciwość, gdyż trzykrotnie w ramach jednej umowy powtórzyła się sytuacja polegająca na wprowadzeniu zamawiającego w błąd przy odbiorach robót objętych przedmiotem zamówienia. Ponadto, pomimo ujawnienia tych okoliczności w okresie gwarancyjnym, wykonawca odmówił wykonania zobowiązań, prowadząc z zamawiającym korespondencję z treści której wynika, że uchyła się od wykonania napraw.

Co należy podkreślić powyższa ocena pozostaje bez związku z tym jakie orzeczenie wyda Sąd Okręgowy w Przemyślu, w związku z wniesionym przez zamawiającego pozwem w sprawie toczącej się pod sygnaturą IC.4/23. Cytowany przepis znajduje bowiem zastosowanie niezależnie od tego czy dane okoliczności zostały usankcjonowane przez sąd. Nawet więc zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy

z postępowania. Zamawiający ma bowiem prawo wykluczenia wykonawcy, jeżeli po wnikliwej analizie dojdzie do wniosku, że naruszenie przez wykonawcę swoich zobowiązań ma charakter kwalifikowany. Ustalenie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wymaga każdorazowo indywidualnej oceny wykonawcy w stosunku do konkretnego stanu faktycznego, przy tym zamawiający musi to wykazać stosownymi dowodami, którymi mogą być w szczególności pozw, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań z wykonawcą. W niniejszej sprawie zamawiający takimi dowodami dysponuje, powołując się w szczególności na: toczącą się sprawę sądową, ekspertyzę z dnia 15 grudnia 2021 r., przegląd gwarancyjny z dnia 12 grudnia 2019 r., przegląd gwarancyjny z dnia 11 maja 2020 r., korespondencję z odwołującym w której ten uchyła się od wypełnienia zobowiązań gwarancyjnych.

Zmaterializowała się także, w ocenie składu orzekającego, druga z przesłanek wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Należy w tym miejscu nadmienić, że dyspozycja tego przepisu jest znacznie bardziej rygorystyczna w stosunku do wykonawców, niż art. 109 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, bowiem w przeciwieństwie do wcześniej opisanej przesłanki wykluczenia nie wymaga ona zaistnienia świadomego działania lub rażącej niedbałości

wykonawcy. Poza tym, co bardzo istotne, przywołany przepis nie wskazuje, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w tym przypadku powinno mieć charakter zawiniony przez wykonawcę a wystarczające jest, że do zdarzeń w niej wskazanych dojdzie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Niniejsze sformułowanie niejako rozszerza odpowiedzialność wykonawcy, a co za tym idzie możliwość zastosowania przedmiotowej przesłanki wykluczenia do wszystkich sytuacji niewykonania albo nienależytego wykonania istotnego zobowiązania chyba, że doszło do tego z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy, a więc od niego niezależnych.

Przywołany przepis wymienia kilka przesłanek, które muszą zostać spełnione łącznie, aby możliwe było skorzystanie z sankcji, która została w nim przewidziana tj. wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał, lub nienależyte wykonał albo długotrwale nienależyte wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, lub umowy koncesji; wskazane wyżej okoliczności nastąpiły z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; skutkiem powyższych okoliczności musi być albo wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W ocenie Izby wszystkie powyższe spełnione zostały w niniejszej sprawie, gdyż odwołujący, z przyczyn leżących po jego stronie, o których była mowa wyżej, w znacznym stopniu nienależyte wykonał istotne zobowiązanie wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż nie wykonał uzgodnionej z zamawiającym izolacji powierzchni zbiorników żelbetonowych przed działaniem agresywnych ścieków, wentylacji i ocieplenia. Powyższe doprowadziło do wystąpienia jednej z przewidzianych w tym przepisie konsekwencji prawnych w postaci realizacji uprawnień gwarancyjnych, przy czym doszło do odmowy ich realizacji przez tego wykonawcę.

Izba nie podzieliła także zarzutów odwołującego, który wskazywał na treść przepisu art. 111 pkt 4 twierdząc, że upłynął 3-letni okres wykluczenia go z postępowania. Odwołujący przy tym błędnie określa moment kiedy nastąpiło zdarzenie, od którego termin ten biegnie, wskazując w treści odwołania datę, a jednocześnie zdarzenie od którego należy liczyć 3-letni okres, wskazując 12 grudnia 2019 r. tj. dzień kiedy miał miejsce przegląd pogwarancyjny.

Odwołujący przy tym całkowicie pomija, że mamy do czynienia z sytuacją, w której zamawiający domaga się wykonania zobowiązań umownych z tytułu udzielonej przez odwołującego gwarancji, stąd samo ustalenie przez zamawiającego, że zaistniała podstawa do dochodzenia roszczeń z tego tytułu, nie może być traktowane jako zdarzenie czy termin, o którym mowa w przepisie art. 111 pkt 4 ustawy Pzp. Gwarancja jest bowiem dodatkowym zobowiązaniem wykonawcy, który poprzez jej udzielenie zobowiązuje się do usunięcia usterek pojawiających się w określonym terminie po odbiorze prac, w zakresie dotyczącym jakości wykonanych prac w ramach umowy. Jako, że obowiązki gwarancyjne spoczywają na wykonawcy (w tym przypadku na odwołującym) ten był zobowiązany dokonać napraw gwarancyjnych w okresie gwarancji, bez konieczności kierowania do niego jakichkolwiek dodatkowych wezwań. Odwołujący, pomimo stwierdzenia przez zamawiającego wad i usterek, o czym był wielokrotnie informowany, nie wypełnił tych obowiązków tłumacząc, że nie ponosi odpowiedzialności z tego tytułu. Zamawiający z kolei zwracał się do odwołującego wielokrotnie, z uwagi na stwierdzony bardzo szybki proces korozji betonu i zbrojenia ścian i stropu zbiornika retencyjnego, wskazując na konieczność niezwłocznego wykonania prac naprawczych celem uniknięcia dalszych, wysokich kosztów napraw.

Zdaniem Izby, co szczególnie istotne w świetle normy art. 111 pkt 4 ustawy Pzp, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy zdarzeniem, z którym należy łączyć moment wykluczenia wykonawcy z postępowania nie jest zdarzenie polegające na stwierdzeniu zdarzenia powodującego konieczność wykonania robót w okresie gwarancji w zakresie stwierdzonych wad i usterek, ale moment w którym ostatecznie odwołujący odmówił nieuwzględnienia tych roszczeń. Trafnie zatem zwrócił uwagę przystępujący, że należy brać pod uwagę termin kiedy nastąpiło ostateczne wezwanie do usunięcia wad z 16 lutego 2022 r. oraz, wynikające z jego treści, wyznaczona data na ich usunięcie, wskazana jako 7 dni od dnia otrzymania wezwania (23 lutego 2022 r.).

Ponadto, nie może umknąć uwadze, że pozostałe niezgodności w postaci: braku wykonania wentylacji wywiewnej fi 160 ze zbiornika zamkniętego retencyjnego oraz braku wykonania zabezpieczenia w postaci skarpy umocnionej płytami jumbo, zabezpieczającej rurociąg przekazujący osad z reaktora do pomieszczenia przeróbki osadu przed zamrożeniem zostały stwierdzone w terminie późniejszym, niż wady w wykonaniu powłok oczyszczalni tj. odpowiednio pierwsza w listopadzie 2020 r. oraz w styczniu 2021 r. (w tych terminach kierowane były do odwołującego wezwania do wyjaśnień).

Wszystkie wymienione wyżej należy brać pod uwagę łącznie, jako że dotyczyły obowiązków odwołującego wynikających z tytułu udzielonej gwarancji. To w konsekwencji prowadzi do ustalenia, że od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia odwołującego

z postępowania nie upłynął 3-letni termin określony w przepisie, którego naruszenie zamawiającemu zarzuca.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:.....