

WYROK

z dnia 15 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Anna Wojciechowska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 lutego 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2019 r. **przez odwołującego:** „Włodan” A. W. spółka jawna z siedzibą w Porszewicach; Porszewice 31, 95 -200 Pabianice w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym **przez zamawiającego** Skarb Gminy – Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź

przy udziale **przystępującego:** Larkbud sp. z o.o. ul. Piotrkowska 175 lok. 500; 90-447 Łódź zgłaszającego przystąpienie **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.kosztami postępowania obciąża „Włodan” A. W. spółka jawna z siedzibą w Porszewicach; Porszewice 31, 95-200 Pabianice i

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „Włodan” A. W. spółka jawna z siedzibą w Porszewicach; Porszewice 31, 95-200 Pabianice tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Izba ustaliła

Co do odwołania

Odwołanie złożył „Włodan” A. W. spółka jawna z siedzibą w Porszewicach, Porszewice 31, 95-200 Pabianice zwany dalej „odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi Miasto Łódź a w jego imieniu - Zarząd Inwestycji Miejskich ul. Piotrkowska 175, 90-447 Łódź zwany dalej „zamawiającym”.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia przekraczającej 5.548.000 euro, jest: „Przebudowa drogi serwisowej przy DK14” - nr sprawy ZIM-DZ.3321.48.2018, zwane dalej „postępowaniem”

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, z późn. zm.) zwanej dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp” odwołujący, wnosi odwołanie od niezgodnych z przepisami Pzp czynności zamawiającego, podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp.

Przedmiotem postępowania jest przebudowa drogi serwisowej wzdłuż DK14 w Łodzi na odcinku od ul. Rypułtowskiej w Pabianicach do ul. Giełdowej w Ksawerowie. Zakres robót obejmuje m. in.: prace rozbiórkowe, roboty ziemne, budowę jezdni, krawężników, oporników, odwodnienia, oświetlenia, zabezpieczenie sieci oraz wykonanie oznakowania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 września 2018 r.,

numer ogłoszenia 2018/S 179-404611, pod adresem: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:404611> - 2018:TEXT:PL:HTML.

Odwolujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia równej lub wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zatem, z uwagi na zakres zaskarżenia oraz brzmienie art. 180 ust. 1 Pzp niniejsze odwołanie uznać należy za dopuszczalne.

Zamawiający poinformował o podjęciu oraz zaniechaniu zarzucanych mu czynności w dniu 15 stycznia 2019 r., tj. wraz z poinformowaniem drogą e-mailową o rozstrzygnięciu postępowania i wyborze oferty wykonawcy Larkbud sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (90- 447) przy ul. Piotrkowskiej 173 lok. 500 (dalej: „wykonawca Larkbud” lub „Larkbud” lub „przystępujący po stronie zamawiającego” lub „przystępujący”). Zatem, niniejsze odwołanie wnoszone jest z zachowaniem dziesięciodniowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 Pzp, odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania, a polegające na:

1. zaniechaniu wykluczenia Larkbud z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Larkbud, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp w związku z art. 24 ust. 4 Pzp;
3. nienależytej ocenie czynności „samooczyszczenia”;
4. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Larkbud;
5. zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych w niniejszym odwołaniu, a w szczególności:

- 1.art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp, przez niewłaściwe w okolicznościach sprawy zaniechanie wykluczenia Larkbud z postępowania, pomimo udzielenia przez tego wykonawcę nierzetelnej odpowiedzi „NIE” na pytanie na str. 13 formularza JEDZ,

tj. „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje — czy wykonawca znajdował się w sytuacji w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” a następnie ponowne poświadczenie powyższego wraz z przekazaniem dalszych nierzetelnych informacji, podczas czynności ponownego badania i oceny ofert i tym samym wprowadzenia zamawiającego w wyniku zamierzonego działania w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, bądź ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
- 2.art. 24 ust. 4 Pzp przez niewłaściwe w okolicznościach sprawy zaniechanie uznania oferty Larkbud za odrzuconą;
- 3.art. 24 ust. 5 pkt 2) i 4) Pzp w związku z art. 24 ust. 7 pkt 3) Pzp, przez niewłaściwe w okolicznościach sprawy, mając na uwadze treść pkt 6.2.2.2. i 6.2.2.4. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), zaniechanie wykluczenia Larkbud z postępowania, pomimo niewykonania przez tego wykonawcę, względnie nienależytego wykonania w istotnym stopniu, w wyniku rażącego niedbalstwa, jak również z przyczyn leżących po jego stronie, zamówienia publicznego udzielonego mu w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego na roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2301E Brzeski — Sędziejowice - Buczek - Wola Bachorska - Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice ” — znak sprawy: OR.272.2.2017 - na zlecenie Powiatu Łaskiego jako zamawiającego, odstąpienia od tej umowy przez zamawiającego i zaspokojenia roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia w postaci gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy;
- 4.art. 24 ust. 8 Pzp przez niewłaściwe w okolicznościach sprawy przyjęcie, że podlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 2) i 4) Pzp Larkbud przedstawił dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo nieprzedstawienia przez tego wykonawcę żadnych dowodów na poparcie tych okoliczności, a jedynie poprzestaniu na przedstawieniu własnych, pozbawionych wartości dowodowej oświadczeń odnośnie przyczyn niewykonania, względnie nienależytego wykonania w istotnym stopniu, wskazanej w punkcie poprzedzającym umowy w sprawie zamówienia publicznego realizowanej na zlecenie

Powiatu Łaskiego;

5.art. 24 ust. 9 Pzp przez niewłaściwe w okolicznościach sprawy uznanie za wystarczające opisanych w punkcie poprzedzającym własnych oświadczeń Larkbud odnośnie przyczyn niewykonania, względnie nienależytego wykonania w istotnym stopniu, wskazanej w punkcie 3 powyżej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jako dowodów, pomimo, że oświadczenia te nie mają żadnej wartości dowodowej,

6.art. 7 ust 1 i 3 Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp, poprzez niewłaściwe w okolicznościach sprawy zaniechanie odrzucenia oferty Larkbud jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

W związku z opisanymi naruszeniami oraz zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 Pzp, odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

a.unieważnienia czynności wyboru oferty Larkbud jako najkorzystniejszej,

b.powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w szczególności pod kątem podstaw wykluczenia Larkbud z Postępowania;

c.powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Larkbud.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a tym samym do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego odwołujący może ponieść i poniósł szkodę. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami Pzp, to należycie zbadałby i ocenił ofertę odwołującego, nie zaniechałby jej odrzucenia i nie dokonałby wyboru oferty Larkbud jako najkorzystniejszej. W konsekwencji zamawiający uznałby prawidłowość oferty odwołującego, gdyż jest ona nie tylko zgodna z SIWZ, lecz również zawiera najwyższą ilość punktów w ocenianych kryteriach. Zamawiający ocenił dwa kryteria:

1.cenę - waga 60%,

2.okres gwarancji - waga 40%.

w postępowaniu zostały złożone 3 oferty, które zostały ocenione w następujący sposób:

L.p. Nazwa Cena il. pkt kr 1 „Cena - 60% Okres gwarancji i rękojmi kr - 40%”SUMA kr 1- 2

1. STRABAG Sp. z o.o. Pruszków	1 595 761,71	51,27 pkt 6 lat (72 miesiące)	40,00 pkt	91,27 pkt
--------------------------------	--------------	-------------------------------	-----------	-----------

2.Włodan A. Pabianice	1489175,08	54,94 pkt 6 lat (72 miesiące)	40,00 pkt	94,94 pkt
-----------------------	------------	-------------------------------	-----------	-----------

3.Larkbud Sp. z o. o. Łódź	1 363 692,00	60,00 pkt 6 lat (72 miesiące)	40,00 pkt	100 pkt
----------------------------	--------------	-------------------------------	-----------	---------

Tymczasem, po odrzuceniu oferty Larkbud, to oferta Odwołującego uzyskałaby najwyższą ilość punktów w rankingu ofert.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, że gdyby zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami Pzp, odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości realizacji zamówienia na najkorzystniejszych dla zamawiającego warunkach. Powyższe niezbicie dowodzi istnienia interesu odwołującego i - w myśl art. 179 ust. 1 Pzp - legitymuje do wniesienia odwołania.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp, kopia niniejszego odwołania została przekazana zamawiającemu.

Odwołanie zawiera następujące uzasadnienie.

1. W dniu 18 września 2018 r. Zamawiający opublikował SIWZ w niniejszym Postępowaniu, w którego pkt 6.2. „Podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania” stwierdzono, co następuje:

„6.2.2. Na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyklucza również wykonawcę:

6.2.2.2. 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 środków dowodowych;

6.2.2.4. który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania”.

2. Na pytanie postawione na str. 13 formularza JEDZ, podpisanego elektronicznie w dniu 29 października 2018 r., tj. „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje — czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem

zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? ", Larkbud udzielił odpowiedzi „NIE”.

3. Zgodnie z instrukcją wypełniania formularza JEDZ opublikowaną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pod adresem

https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0015/32415/Instrukcja-wypelniania-JEDZ-ESPD.pdf. w zakresie wskazania okoliczności dotyczących podstaw wykluczenia wykonawcy, „w tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. W przypadku zaistnienia takich nieprawidłowości formularz wymaga od niego podania szczegółowych informacji na ten temat. Ustawodawca przewidział w tym zakresie fakultatywną przesłankę do wykluczenia z postępowania w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w stopniu rażącym wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Wskazana podstawa do wykluczenia z postępowania ma charakter fakultatywny, tzn. zamawiający może ją przewidzieć do badania wykonawców w treści ogłoszenia o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Wykonawca wypełnia formularz w tym zakresie tylko w sytuacji, gdy zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia” (str. 41-42 ww. instrukcji).

4. W dniu 29 listopada 2018 r. zamawiający dokonał wyboru oferty Larkbud jako najkorzystniejszej.

5. Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. odwołujący wniósł informację do zamawiającego negując ten wybór i zarzucając Larkbudowi, że w swoim oświadczeniu JEDZ złożył nierzetelne informacje odnośnie braku podstaw wykluczenia i przedstawił na to dowody w postaci:

a) pism Starostwa Powiatowego w Łasku z dnia 27 i 29 listopada 2018 r., skierowanych do odwołującego, znak OR.1431.1.40.2018;

b) umowy nr OR.273.2.4.2017 zawartej w dniu 19 maja 2017 r. w Łasku pomiędzy Powiatem Łaskim jako zamawiającym a Larkbudem jako wykonawcą wyłonionym w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego (znak sprawy OR.272.2.2017) na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn, „Przebudowa drogi powiatowej nr 2301E Brzeski - Sędziejowice - Buczek - Wola Bachorska - Bocianicha na odcinku o długości ok 2,8 km w miejscowości Sędziejowice” z załącznikiem nr 1 do tej umowy przedstawiającym harmonogram realizacji inwestycji;

c) oświadczenia Powiatu Łaskiego z dnia 6 września 2017 r. skierowanego do Larkbud o odstąpieniu od ww. umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy, tj. z powodu opóźnienia w wykonaniu robót tak dalece, że nie jest prawdopodobne wykonanie przez wykonawcę w terminie realizacji inwestycji, który upływał 15 września 2017 r.;

d) odpisu postanowienia Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 4 października 2017 r. w sprawie sygn. akt X GCo 199/17 o oddaleniu wniosku Larkbudu o udzielenie zabezpieczenia roszczenia mającego mu przysługiwać względem Powiatu Łaskiego i Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji „Warta” S.A. (dalej „Warta”) o zaniechanie skorzystania z udzielonej przez niego gwarancji ubezpieczeniowej;

e) pisma Warty z dnia 13 listopada 2017 r. nr sprawy W201710250081 skierowanego do Powiatu Łaskiego, informującego o podjęciu przez Wartę decyzji o wypłacie na rzecz Powiatu Łaskiego żądanej kwoty w związku z nienależytym wykonaniem przez Larkbud ww. umowy nr OR.273.2.4.2017.

6. Na skutek powyższego pisma odwołującego, w dniu 11 grudnia 2018 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwał Larkbud pismem z dnia 20 grudnia 2018 r. do ustosunkowania się do powyższych zarzutów, w tym „o wyjaśnienie rozbieżności między ww. informacjami otrzymanymi w toku postępowania przez zamawiającego, a oświadczeniem złożonym przez [„Larkbud” - przypis własny] w ww. pkt JEDZ”.

7. Pismem z dnia 3 stycznia 2019 r. Larkbud złożył nowe oświadczenie, w którym:

a) wskazał na niezgodności SIWZ Powiatu Łaskiego ze stanem faktycznym szeroko pojętej infrastruktury i brak możliwości wykonania robót zgodnie z wymaganiami zamawiającego z uwagi na istotne błędy projektowe oraz brak współdziałania zamawiającego;

b) wyraził swoją obawę o nieotrzymanie zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace zwłaszcza, że zamawiający odmówił dokonania płatności częściowych oraz nie ustanowił satysfakcjonującej Larkbud gwarancji zapłaty w ustawowym

terminie nie krótszym niż 45 dni;

c) wskazał, że odstąpił od ww. umowy zawartej z Powiatem Łaskim w dniu 18 września 2017 r.;

d) zakwestionował odstąpienie od ww. przez Powiat Łaski w kontekście art. 649² § 2 Kodeksu cywilnego (dalej „kc”).

8. W dniu 15 stycznia 2019 r. zamawiający, pomimo poparcia powyższych oświadczeń jedynie prywatnymi dokumentami, a w zasadzie własnymi oświadczeniami podmiotu bezpośrednio zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, ponownie dokonał wyboru oferty Larkbudu jako najkorzystniejszej, z czym nie zgadza się odwołujący.

B. UZASADNIENIE PRAWNE

9. Kluczem do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest ustalenie czy wykonawca, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą i dokonał jej wyboru podlegał wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji” lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

10. W ocenie odwołującego, w niniejszej sprawie Larkbud udzielając odpowiedzi negatywnej na postawione w formularzu JEDZ jednoznaczne, zamknięte pytanie o podstawę wykluczenia, a następnie podtrzymując w oświadczeniu złożonym w piśmie z dnia 3 stycznia 2019 r. nierzetelne i niekompletne (niewyczerpujące stanu faktycznego) informacje odnośnie braku ww. podstawy wykluczenia go z postępowania, w szczególności z pominięciem faktu rozwiązania ww., zawartej z Powiatem Łaskim umowy na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2301E Brzeski - Sędziejowice - Buczek - Wola Bachorska - Bocianicha na odcinku o długości ok 2,8 km w miejscowości Sędziejowice”, wprowadził zamawiającego w błąd co do braku podstawy wykluczenia, przy czym — działanie to było zamierzone. Świadczy o tym przede wszystkim fakt podtrzymania nierzetelnych, przedstawionych w JEDZ informacji, w toku postępowania. I już ta tylko okoliczność uzasadniała wykluczenie Larkbud z udziału w postępowaniu.

11. Zamawiający podjął decyzję o zastosowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia, jakie znalazły się w przepisie art. 24 ust. 5 Pzp i zamieścił je w SIWZ. Wśród nich, ze względu na treść złożonego przez Larkbud oświadczenia w formularzu JEDZ, na szczególną uwagę zasługuje przesłanka wykluczenia wskazana w treści art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, wykluczeniu podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. W złożonym przez Larkbud jednolitym dokumencie, w części III sekcji C, nie znalazła się informacja o tym, że w przypadku tego wykonawcy doszło do sytuacji, gdzie wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, a wykonawca ten przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia. Tymczasem Larkbud złożył ofertę w Postępowaniu, która to została następnie uznana za najkorzystniejszą.

12. Wbrew twierdzeniom Larkbudu złożonym wobec Zamawiającego, fakty są jednak inne. Mianowicie, w dniu 6 września 2017 r. Powiat Łaski jako zamawiający i strona umowy nr OR.273.2.4.2017 zawartej w dniu 19 maja 2017 r. w Łasku z Larkbudem jako wykonawcą skutecznie od tej umowy odstąpił. Z treści pisma tego zamawiającego o odstąpieniu należy wnioskować, że odstąpienie nastąpiło na podstawie art. 635 kc w związku z art. 656 § 1 kc. Pismo to zawiera przy tym szczegółowe wskazanie stanu realizacji inwestycji z powołaniem się na poszczególne wpisy z dziennika budowy oraz wyraźne wskazanie, że od 31 sierpnia 2017 r. zamawiający próbował doręczyć wykonawcy rozwiązania projektowe w następstwie zgłaszanych przez niego uwag. Larkbud kierowanej do niego korespondencji jednak nie odebrał, pomimo podjęcia licznych prób i sposobów doręczenia tej dokumentacji.

13. W świetle tych okoliczności niewątpliwie jest, że zamawiający - Powiat Łaski - odstąpił od ww. umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Larkbud. Efektem tych wydarzeń jest natomiast jednoznaczna konkluzja, że mamy tutaj do czynienia z sytuacją, która w pełni wyczerpuje hipotezę art. 24 ust. 5 pkt 4) Pzp, a mianowicie:

- ww. umowa była umową w sprawie zamówienia publicznego,

- Powiat Łaski to zamawiający, który mieści się w zakresie zdefiniowanym przepisem art.

3 ust. 1 pkt 1) —4) Pzp,

- Larkbud nie wykonał tej umowy z przyczyn leżących po jego stronie,

» doprowadziło to do rozwiązania umowy w wyniku odstąpienia dokonanego przez Powiat Łaski oraz spowodowało nałożenie kary umownej w trybie § 10 ust. 1 pkt 5) ww. umowy i jej ściągnięcie ze złożonego zabezpieczenia.

14. Jednocześnie, okoliczności wskazywanych przez Larkbud w toku realizacji ww. umowy, mających dowodzić braku winy tego wykonawcy, nie można uznać za usprawiedliwione. W szczególności nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty wobec Powiatu Łaskiego, na które wskazywał Larkbud w swoim piśmie z dnia 3 stycznia 2019 r. skierowanym do Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu.

15. Zarzut istotnych błędów projektowych (przytoczony w pkt 1 pisma Larkbudu z dn. 3 stycznia 2019 r.) był bezzasadny. Dokumentacja projektowa przedsięwzięcia polegającego na „Przebudowie drogi powiatowej nr 2301E (...)” przekazana Larkbudowi przez zamawiającego była w całości prawidłowa i umożliwiała wykonanie na jej podstawie robót budowlanych zgodnie z umową i sztuką budowlaną, a ewentualne nieścisłości tej dokumentacji były konsultowane i usuwane przez zamawiającego na bieżąco. Przedstawiciel Larkbudu odmawiał odbioru korespondencji kierowanej do niego przez Powiat Łaski, a zawierającej przedstawiane mu rozwiązania projektowe. Z tego względu bezzasadny był także zarzut tego wykonawcy dotyczący rzekomego braku współdziałania zamawiającego przy realizacji tej inwestycji.

16. O prawidłowości dokumentacji projektowej świadczy fakt, że wyłoniony do dokończenia prac kolejny wykonawca (w następstwie rozstrzygnięcia przetargu nr OR.272.10.2017) dokończył prace w oparciu o ten sam projekt budowlany, a pozwolenie na budowę nie zostało zmienione. Dokumentacja projektowa przetargu nr OR.272.2.2017, w następstwie którego Powiat Łaski wyłonił Larkbud jako wykonawcę robót, dostępna na BIP Powiatu Łaskiego (link do tej dokumentacji: <http://lask.bip.netpl/?c=531>) to w zasadzie ta sama dokumentacja projektowa, w oparciu o którą dokończył prace kolejny wykonawca (link do tej dokumentacji: <http://lask.bip.net.pl/?c=555>) Projekty Wykonawcze dla Branży Energetycznej, Sanitarnej, Projekty Docelowej Organizacji Ruchu oraz STWiORB w obu ww. przetargach nie różnią się. Występują jedynie drobne, nieistotne różnice w Projekcie Wykonawczym dla Branży Drogowej wynikające z tego, że inwestycja w niewielkiej jedynie części została zrealizowana przez Larkbud.

W odwołaniu zamieszczono tabelaryczne porównanie Projektu Wykonawczego dla Branży Drogowej z pierwszego i drugiego przetargu na zadanie pn. przebudowa drogi powiatowej nr 2301E Brzeski - Sędziejowice - Buczek - Wola Bachorska - Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice” na rzecz Powiatu Łaskiego:

W tabeli porównawczo opisano Pierwszy przetarg (nr OR.272.2.2017) i Drugi przetarg (nr OR. 272. 10. 2017) z której to tabeli wynika szereg około dwudziestu zmian polegających na dodaniu opisu lub rysunku jak również usunięcie zapisów. Do każdej z tych zmian w uwagach zawarto adnotację PINB w Łasku „zmiany nieistotne”. Wszystkie zmiany odnoszą się do projektów wykonawczych. Ponadto przywołuje się, że zgodnie z Umową Larkbud z Powiatem Łask „Zamawiający dopuszcza wystąpienia w trakcie przedmiotu umowy konieczność wykonania robót zamiennych w stosunku do przewidzianych dokumentacją projektową gdy wykonanie tych robót jest niezbędne do prawidłowego wykonania z zasadami wiedzy technicznej”.

I tak np.: Dodano opis: Projektuje się wykonanie krawężników: - krawężniki betonowe 20x30 cm z oporem z betonu C20/25. W sytuacji, gdy linia krawężników zbliża się na mniej niż 40 cm do lica pni drzew (lip) krawężnik betonowy należy zastąpić blachą oporową wyprofilowaną jak lico krawężnika betonowego (zgodnie z załączonym rysunkiem). Z dokonanej w terenie inwentaryzacji stwierdzono 7 miejsc, gdzie występuje konieczność zastąpienia krawężnika blachą oporową. Dla PINB są to zmiany nieistotne. Dodano opis: Początek wymiany przewodu km 1 +118,00 Dodano opis: Wymiana istniejącego przewodu Kd 1000 (remont) na rurę żelbetową Dn 800 mm o deklarowanej wytrzymałości min. 80 kN/m Dodano opis: Koniec wymiany przewodu km 1+200,00 Dodano opis i oznaczenie: Remontowany kolektor kanalizacyjny Zmiany nieistotne: Potwierdził także PINB w Łasku, który w piśmie stwierdził, że wprowadzone zmiany są nieistotne. Dodano opis: 13. uwagi technologiczne. 1) stabilizację gruntu należy wykonać wytwórni o stałych parametrach; 2) chodniki należy wykonać w kolorze szarym, zjazdy w kolorze czerwonym. Kształt kostki przyjęto jako prostokątny. 3) warstwę wyrównawczą o grubości powyżej 4,0 cm należy wykonać z mieszanki AC 16 W, zaś warstwę o grubości mniejszej niż 4,0 cm należy wykonać z mieszanki AC 11W, 4) nawierzchnia poboczy musi mieć grubość 15 cm, 5) wykonawca na własny koszt zabezpieczy istniejące ogrodzenia przed uszkodzeniem. Nie przewiduje się przebudowy ogrodzeń, 6) Przy ściekach pochodnikowych należy wykonać umocnienia skarp rowów płytami betonowymi ażurowymi, 7) w ramach

niniejszego zadania należy wyciąć drzewa wskazane w decyzji, 8) w sąsiedztwie drzew prace ziemne należy wykonać ręcznie, 9) Kostka z rozbiórki jest własnością inwestora.14. Infrastruktura podziemna W ramach inwestycji należy wyregulować naziemne elementy sieci zlokalizowanych w pasie drogi. Zmiany nieistotne, wprowadzone w drugim przetargu, ale wynikające z odpowiedzi na pytania, które pojawiły się w przetargu pierwszym. 1) Odp. Na pytanie nr 1. 2) Odp. Na pytanie nr 3 3) Odp. Na pytanie nr 11,4) Odp. na pytanie nr 15,5) Odp. Na pytanie Nr 34 6) Odp. Na pytan. nr 21, 7) Zamawiający odpowiadając na pytanie w 2 przetargu wskazał, że wycinka drzew nie jest objęta przedmiotem zamówienia nr 8) Odp. Na pytan. nr 30 ,9) Odp. Na pytan. nr 29,14) Odp. Na pytan. nr 8, dalej np. Dodano opis:

- wszystkie odkryte kable teletechniczne i energetyczne odkryte w czasie budowy zabezpieczyć rurą dwudzielną typu AROT,
- wykonać regulację wszystkich wpustów i studni kanalizacji;
- wykonać regulację wysokościową wszystkich elementów naziemnych sieci wodociągowej;
- wykonać regulację wysokościową studni teletechnicznych;
- w przypadku odkrycia kabli należy je zabezpieczyć przez zamontowanie rur dwudzielnych typu AROT
- w przypadku stwierdzenia w terenie innych niewykazanych w dokumentacji urządzeń kolidujących z inwestycją Wykonawca robot uzyska wszystkie wymagane uzgodnienia i decyzje w celu usunięcia kolizji
- w granicach pasa drogowego na odcinku prowadzonej inwestycji zlokalizowane są drzewa. Drzewa kolidujące z planowaną inwestycją przeznaczone będą do wycinki z uwagi na dostosowanie obiektu do obowiązujących wymagań – po uzyskaniu przez Wykonawcę robót decyzji właściwego organu w odrębnym postępowaniu administracyjnym . Decyzję podjąć na etapie realizacji inwestycji po zapoznaniu się z lokalizacją w terenie i stwierdzenia występowania faktycznej kolizji. Uwaga Zmiany nieistotne, wprowadzone w drugim przetargu po to by uściślić co obejmuje wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy. Dalej Było: podbudowa zasadnicza z betonu C16/20 – 20 cm Jest: podbudowa zasadnicza z kruszywa łamanego 0/31,5-20 cm – 20 cm Zmiany nieistotne: w dokumentacji projektowej z pierwszego przetargu oczywisty błąd w opisie. Poprawiono w przetargu oczywistą omyłkę pisarską. Dalej Było: podbudowa z kruszywa łamanego 0/ 31,5-15 cm Zapis usunięto: Zmiana nieistotna, dokonano modyfikacji. Było: remont przepustu w km0+778,10 zlokalizowany jest przepust drogowy kd 500 przeznaczony do remontu. na wlocie przepustu należy wymienić rurę na długości 1,0 m o średnicy 500mm wykonane z betonu. Wymiary i materiał zgodny ze stanem istniejącym. Wlot przepustu należy zakończyć ścianką czołową o wymiarach 320x195 cm. Za górze ścianki zamontować baterie wygrodeniową U-12a o długości 10,0m. Zapis usunięto Zmiana nieistotna, bowiem w Planie zagospodarowania stronie 24 znajduje się adnotacja, że ten przepust jest do remontu. Dodano opis: Przebudowa słupa energetycznego. Zmiana nieistotna: bowiem w pierwszym jak i w drugim przetargu zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców do usunięcia jest kolizja ze słupem energetycznym którą to usunie we własnym zakresie na podstawie odrębnego opracowania. Dodano opis: remont kolektora fi 400 L=10,0m Zmiany nieistotne: także PINB w Łasku który w piśmie stwierdził, że wprowadzone zmiany są nieistotne.

17. Odwołujący przedstawiając zmiany w dokumentacji podnosi, że nawet w razie przyjęcia, że występowałyby jakieś problemy z realizacją robót w ramach umowy nr OR.273.2.4.2017 (zawartej w wyniku rozstrzygnięcia pierwszego przetargu, nr OR.272.2.2017) ze względu na nieprawidłowości w dokumentacji projektowej, to wstrzymywanie realizacji robót na całym odcinku drogi o długości 2,8 km nie znajdowało żadnego uzasadnienia. Problemy, na które wskazywał Larkbud dotyczyły przede wszystkim odwodnienia, tj. zamulonego istniejącego kanału deszczowego na odcinku 250 mb. Można było wstrzymać realizację robót na tym właśnie odcinku i realizować roboty na pozostałym. W ww. umowa zawarta przez Larkbud z Powiatem Łaskim, zgodnie z załącznikiem nr 1 dzieliła inwestycję na 3 etapy (odcinki) i określała terminy ich realizacji. W związku z czym, brak możliwości wykonywania robót na jednym odcinku, nie uprawniał tego wykonawcy do wstrzymania robót na pozostałych.

18. Odwołujący również zauważył, że po odstąpieniu od ww. umowy, w trakcie realizacji budowy przez kolejnego wykonawcę, Larkbud złożył skargę do Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego („WINB”) o tym, iż budowa jest prowadzona niezgodnie z wydanym pozwoleniem na budowę. WINB skierował sprawę do właściwego miejscowo Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Łasku („PINB”) i nakazał wszcząć kontrolę, w wyniku której nie dopatrzone się żadnych uchybień. W trakcie robót dokonano m. in. zmian polegających na remoncie istniejącego kanału o średnicy 0400 i remoncie kanału żelbetowego w Sędziejowicach na ul. Leśnej, na które to zmiany projektant dołączył do dziennika budowy ich opis wraz z rysunkami oraz klauzulą wynikającą z art. 36a Prawa budowlanego stwierdzającą, że zmiany te kwalifikuje się jako nieistotne odstępstwo od zatwierdzonego projektu budowlanego i warunków pozwolenia na budowę. Wobec braku istotnego odstępstwa od zatwierdzonego projektu i warunków pozwolenia na budowę PINB stwierdził brak podstaw prawnych do wszczęcia postępowań w trybie art. 50 i 51 Prawa budowlanego. Oznacza to, że prace zostały wykonane w ramach pierwotnego projektu, co oznacza, iż nie miał on wad uniemożliwiających

prorowadzenie robót, wbrew twierdzeniom Larkbudu.

19. Również odwołujący stawia otwarte pytanie dlaczego Larkbud, nie czując się winny niewykonania umowy, nie dochodzi swoich roszczeń przeciwko Powiatowi Łaskiemu, który zrealizował swoje roszczenia ze złożonego zabezpieczenia w kwocie 315 595,77 zł.

20. Na marginesie należy wskazać, że niezasadny był także zarzut Larkbudu postawiony Powiatowi Łaskiemu, a przedstawiony w pkt 2 pisma Larkbudu z dn. 3 stycznia 2019 r. Zgodnie z § 3 ust. 1 umowy nr ORs.273.2.4.2017, rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy - miało nastąpić fakturą końcową wystawioną na podstawie protokołu odbioru końcowego. Zamawiający nie był więc uprawniony do dokonywania płatności częściowych. Ewentualne zaś zmiany tej umowy wymagały zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

21. Nie było też podstaw do odstąpienia od umowy z uwagi na niezłożenie przez inwestora gwarancji zapłaty, przede wszystkim z uwagi na brak w chwili odstąpienia upływu ustawowego, nie krótszego niż 45-dniowy termin na wykonanie tego obowiązku, przewidzianego w art. 649⁴ § 1 kc.

22. Poza tym, Larkbud złożył oświadczenie o odstąpieniu od ww. umowy nr OR.273.2.4.2017 dopiero w dniu 18 września 2017 r., a więc po odstąpieniu od tej umowy przez zamawiającego (co nastąpiło 7 września 2017 roku) oraz po upływie przewidzianego w umowie 120-dniowego terminu na wykonanie robót (który upływał 16 września 2017 r.). Poza brakiem podstaw merytorycznych do odstąpienia od umowy, oświadczenie wykonawcy o odstąpieniu było więc także spóźnione.

23. Wracając do kwestii niniejszego postępowania należy zauważyć, że Larkbud do swojego oświadczenia złożonego zamawiającemu w dniu 3 stycznia 2019 r. nie załączył żadnych dowodów, np. pism Powiatu Łaskiego, protokołów z narad, ani żadnych notatek, które potwierdzałyby okoliczności przez niego podawane. Załączył jedynie własne oświadczenia, które w żadnym razie nie stanowią dowodów na poparcie okoliczności co do braku przesłanek wykluczenia go z postępowania. Stanowią one jedynie dokumenty prywatne, w dodatku własne, sporządzone przez wykonawcę bezpośrednio zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia i z tego względu pozbawione są mocy dowodowej. Tymczasem przepis art. 24 ust. 8 Pzp, przewidujący tzw. instytucję samooczyszczenia, wymaga przedłożenia przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5 „ dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (...)”.

24. jak twierdzi odwołujący „Zatem, obowiązkowi dowodowemu wynikającemu z art. 24 ust. 8 Pzp, bez wątpienia Larkbud nie sprostał. Okoliczność ta nie przeszkadzała jednak zamawiającemu w dokonaniu czynności wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu, czym zamawiający naruszył dyspozycję art. 24 ust. 9 Pzp, zgodnie z którym „ wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust 8.

25. Odwołujący dalej stwierdza, mając powyższe na uwadze nie ulega więc wątpliwości, że Larkbud nie wykonał ww. umowy w sprawie zamówienia publicznego (znak sprawy OR.272.2.2017) zawartej z Powiatem Łaskim, a więc z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1) Pzp w związku z art. 9 pkt 2) ustawy o finansach publicznych, co doprowadziło do jej rozwiązania przez zamawiającego i zaspokojenia roszczenia zamawiającego z tytułu kary umownej w wysokości 10% umówionego wynagrodzenia ze złożonego przez wykonawcę zabezpieczenia w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, przy czym niewykonanie tej umowy, względnie nienależyte jej wykonanie w istotnym stopniu, **nastąpiło wyłącznie z przyczyn**, za które odpowiedzialność ponosi Larkbud. Złożenie w piśmie z dnia 3 stycznia 2019 r. oświadczenia, po raz kolejny wprowadzającego zamawiającego w błąd co do braku podstaw wykluczenia, stanowi obligatoryjną przesłankę wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, co uzasadnia niniejsze odwołanie.

26 Odwołujący podsumowując przedstawione powyżej stanowisko w sprawie stwierdza: W tych okolicznościach oferta złożona przez Larkbud w toku postępowania podlegała więc odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp w związku z art. 24 ust 4 Pzp. W podobnym stanie faktycznym Izba wydała wyrok w sprawie KIO 1034/17, zgodnie z którym „warunkiem sine qua non procedury przywrócenia - według regulacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) — statusu rzetelnego wykonawcy jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt (przyznanie następuje w JEDZ w jego części przez, którego ma dotyczyć „ samooczyszczenie ”).

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak we wstępie oraz o zasądzenie kosztów niniejszego postępowania.

Stanowiska stron

Odwołujący pismem z dnia 4 lutego 2019 roku wniósł pismo procesowe, w którym złożył następujące wnioski dowodowe w sprawie:

1. Dokumenty przetargowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2301E Brzeski — Sędziejowice — Buczek — Wola Bachorska — Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice” (nr postępowania OR.272.2.2017), opublikowanych na stronie internetowej Powiatu Łaskiego jako zamawiającego tj.:

a) Ogłoszenia o zamówieniu — Załącznik Nr 1A,

b) SIWZ- Załącznik Nr 1B,

c) Projektu Budowlanego w Branży Drogowej Tom I sporządzonego przez Pracownię Usług Projektowo Budowlanych Tomex T. Z. na zlecenie Powiatowego Zarządu Dróg w Łasku, stanowiącego załącznik do decyzji o pozwoleniu na budowę nr 404/2016 z dnia 8 września 2016 r. z załączonymi do niego: (i) oświadczeniami o sporządzeniu projektu budowlanego zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, (ii) zaświadczeniami o przynależności autorów (sprawdzających) projektu budowlanego do samorządu zawodowego inżynierów budownictwa, (iii) decyzjami w przedmiocie posiadanych przez ww. osoby uprawnień budowlanych, (iv) protokołem nr GK.6630.2013.2016 z narady koordynacyjnej przeprowadzonej w dn. 8 sierpnia 2016 r. — Załącznik Nr 1C

d) Projektu Budowlanego w Branży Energetycznej i Sanitarnej Tom II sporządzonego przez Pracownię Usług Projektowo Budowlanych Tomex T. Z. na zlecenie Powiatowego Zarządu Dróg w Łasku, stanowiącego załącznik do decyzji o pozwoleniu na budowę nr 404/2016 z dnia 8 września 2016 r. z załączonymi do niego: (i) oświadczeniami o sporządzeniu projektu budowlanego zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, (ii) zaświadczeniami o przynależności autorów (sprawdzających) projektu budowlanego do samorządu zawodowego inżynierów budownictwa, (iii) decyzjami w przedmiocie posiadanych przez ww. osoby uprawnień budowlanych — Załącznik Nr 1D,

e)Projektu Wykonawczego w Branży Drogowej — Załącznik Nr 1E,

f)Projektu Wykonawczego w Branży Energetycznej — Załącznik Nr 1F,

g)Projektu Wykonawczego w Branży Sanitarnej — Załącznik Nr 1G,

h)Projektu Stałej Organizacji Ruchu — Załącznik Nr 1H,

i)Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych- Załącznik Nr 1I,

j) Decyzji Starosty Łaskiego Nr 404/2016 z dnia 8 września 2016 r. znak AB.6740.1.338.2016.AC92 o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę dla Powiatowego Zarządu Dróg w Łasku obejmującego, Przebudowę drogi powiatowej nr 2301E Brzeski — Sędziejowice — Buczek — Wola Bachorska — Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice ” — Załącznik Nr 1J,

k) Ogłoszenia o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr OR.272.2.2017 na „ Przebudowę drogi powiatowej nr 2301E Brzeski — Sędziejowice — Buczek — Wola Bachorska — Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice ” mak sprawy: OR.272.2.2017 („Przetarg 1”)Załącznik Nr IK - na okoliczność zakresu robót budowlanych do wykonania przez Larkbud na podstawie umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia Przetargu I ;

2. Dziennika Budowy Nr 148/2017 tomy I-II dotyczącego realizacji robót budowlanych w wyniku rozstrzygnięcia Przetargu I — Załącznik Nr 2 — na okoliczność przebiegu realizacji robót budowlanych, w tym opóźnień w ich realizacji;

3. Decyzji Wójta Gminy Sędziejowice z dnia 10 stycznia 2017 r. znak RW.VII.613.3.2017 wydanej na wniosek projektanta z dnia 18 listopada 2016 r. zezwalającej na usunięcie drzew w pasie drogi powiatowej nr 2301E Brzeski — Sędziejowice — Buczek — Wola Bachorska — Bocianicha — Załącznik Nr 3 — na okoliczność usunięcia przeszkód w wykonywaniu przez Larkbud robót budowlanych na podstawie umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia Przetargu I ;

4. Z następujących dokumentów:

a) Pisma projektanta Z. O. do Powiatu Łaskiego z dnia 27 lipca 2017 r.

- Załącznik Nr 4A,

b) Pisma projektanta T. Z. do Powiatu Łaskiego z dnia 9 sierpnia 2017 r. - Załącznik Nr 4B,

c) Pisma projektantów T. Z. i K. G. do Powiatu Łaskiego z dnia 22 sierpnia 2017 r. — Załącznik Nr 4C,

d) Pisma projektanta T. Z. do Powiatu Łaskiego z dnia 25 sierpnia 2017 r. — Załącznik Nr 41), - których kopie zostały

doręczone Larkbud wraz z pismem z Powiatu Łaskiego, o którym mowa w lit. e) poniżej,

e) Pisma Powiatu Łaskiego do Larkbud z dnia 1 września 2017 r. PZD.0512.3.43.2017 z dowodem doręczenia Larkbudowi — Załącznik Nr 4E,

- na okoliczność: (i) prawidłowości dokumentacji projektowej stanowiącej podstawę wykonywania przez Larkbud robót budowlanych na podstawie umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia Przetargu 1, (ii) bieżącego konsultowania z Larkbud i usuwania przez zamawiającego (Powiat Łaski) ewentualnych nieścisłości dokumentacji projektowej, (iii) braku przeszkód w kontynuowaniu wykonywania robót budowlanych, (iv) braku podstaw do wstrzymywania wykonywania robót budowlanych przez Larkbud, (v) niewykonania przez Larkbud, względnie nienależytego wykonania w istotnym stopniu, w wyniku rażącego niedbalstwa, jak również z przyczyn leżących po jego stronie, zamówienia publicznego udzielonego mu w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego na roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2301E Brzeski — Sędziejowice — Buczek — Wola

Bachorska — Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice '

— znak sprawy: OR.272.2.2017 — na zlecenie Powiatu Łaskiego jako zamawiającego;

5. Oświadczenia Powiatu Łaskiego z dnia 6 września 2017 r. o odstąpieniu od umowy nr OR.273.2.4.2017 na wykonanie robót budowlanych zawartej z Larkbud w wyniku rozstrzygnięcia Przetargu I z dowodem doręczenia Larkbudowi w dniu 7 września 2017 r. Załącznik Nr 5 — na okoliczność: (i) odstąpienia od ww. umowy przez Powiat Łaski,

(ii) daty tego odstąpienia (przed doręczeniem zamawiającemu oświadczenia Larkbudu o odstąpieniu od umowy), (iii) niewykonania przez Larkbud, względnie nienależytego wykonania w istotnym stopniu, w wyniku rażącego niedbalstwa, jak również z przyczyn leżących po jego stronie, zamówienia publicznego udzielonego mu w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego na roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2301E Brzeski — Sędziejowice — Buczek — Wola Bachorska — Bocianicha na odcinku o długości ok. 2, 8 km w miejscowości Sędziejowice ' znak sprawy: OR.272.2.2017 — na zlecenie Powiatu Łaskiego jako zamawiającego, (iv) braku podstaw do przyjęcia, że przyczyną odstąpienia przez zamawiającego od ww. umowy był brak woli lub możliwości ustanowienia zabezpieczenia w postaci gwarancji zapłaty;

6. Dokumentów przetargowych postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2301E Brzeski — Sędziejowice — Buczek — Wola Bachorska — Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice ” (nr postępowania OR.272.10.2017), opublikowanych na stronie internetowej Powiatu Łaskiego jako zamawiającego pod linkiem <http://lask.bip.net.pl/?c=555>, tj.:

a) siwz - Załącznik Nr 6A,

b) Projektu Wykonawczego w Branży Drogowej — Załącznik Nr 6B,

c) Projektu Wykonawczego w Branży Energetycznej — Załącznik Nr 6C,

d) Projektu Wykonawczego w Branży Sanitarnej — Załącznik Nr 61),

e) Ogłoszenia o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr OR.272.10.2017 na „Przebudowę drogi powiatowej nr 2301E Brzeski Sędziejowice — Buczek — Wola Bachorska — Bocianicha na odcinku o długości ok. 2, 8 km w miejscowości Sędziejowice ” — znak sprawy: OR.272.10.2017 („Przetarg 2”) — Załącznik Nr 6E,

t) Umowy nr OR.273.2.II.2017 zawartej w dniu 8 listopada 2017 r. pomiędzy Powiatem Łaskim jako zamawiającym a Przedsiębiorstwem Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. jako wykonawcą na wykonanie „Przebudowy drogi powiatowej nr 2301E Brzeski — Sędziejowice — Buczek — Wola Bachorska Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice ", z aneksami nr 1-5 — Załącznik Nr 6F,

- na okoliczność zakresu robót budowlanych do wykonania przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. na podstawie umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia Przetargu 2;

7. Pisma PINB w Łasku z dnia 18 września 2017 r. znak PINB.0510/4/DG/17/18 do Prezesa Zarządu Larkbud K. M. — Załącznik Nr 7 — na okoliczność braku istotnego odstąpienia od zatwierdzonego projektu budowlanego i warunków pozwolenia na budowę ustalonych decyzją Starosty Łaskiego Nr 404/2016 z dnia 8 września 2016 r. znak AB.6740.1.338.2016.AC92 oraz braku podstaw do wstrzymania wykonywania robót budowlanych w ramach umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia Przetargu 2, bądź nakazania rozbiórki obiektu budowlanego lub jego części, a tym samym prawidłowości projektu budowlanego (na podstawie którego roboty wykonywał również Larkbud);

8. Protokołu Nr 3/2018 Odbioru Końcowego Robót Sporządzonego w dniu 30 lipca 2018 r.- Załącznik Nr 8 — na okoliczność prawidłowego wykonania przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. robót budowlanych polegających na „Przebudowie drogi powiatowej nr 2301E Brzeski — Sędziejowice — Buczek — Wola Bachorska — Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice oparciu o dokumentację projektową, na podstawie której roboty wykonywał również Larkbud

Załączniki:

- Nr 1A — Ogłoszenie o zamówieniu (Przetarg I);
- Nr IB - siwz (Przetarg 1);
- Nr IC — Projekt Budowlany w Branży Drogowej Tom I z załączonymi do niego: (i) oświadczeniami o sporządzeniu projektu budowlanego zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, (ii) zaświadczeniami o przynależności autorów (sprawdzających) projektu budowlanego do samorządu zawodowego inżynierów budownictwa, (iii) decyzjami w przedmiocie posiadanych przez ww. osoby uprawnień budowlanych, (iv) protokołem nr GK.6630.2013.2016 z narady koordynacyjnej przeprowadzonej w dn. 8 sierpnia 2016 r. (Przetarg 1);
- Nr ID -- Projekt Budowlany w Branży Energetycznej i Sanitarnej Tom II z załączonymi do niego: (i) oświadczeniami o sporządzeniu projektu budowlanego zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej, (ii) zaświadczeniami o przynależności autorów (sprawdzających) projektu budowlanego do samorządu zawodowego inżynierów budownictwa, (iii) decyzjami w przedmiocie posiadanych przez ww. osoby uprawnień budowlanych;
- Nr IE-Projekt Wykonawczy w Branży Drogowej (Przetarg 1);
- Nr IF-Projekt Wykonawczy w Branży Energetycznej (Przetarg 1);
- Nr IG -Projekt Wykonawczy w Branży Sanitarnej (Przetarg 1);
- Nr 1H Projekt Stałej Organizacji Ruchu (Przetarg 1);
- Nr 1I – STWiORB
- Nr 1J Decyzja Starosty Łaskiego Nr 404/2016 z dnia 8 września 2016 r. znak AB.6740. I .338.2016.AC92;
- Nr 1K Ogłoszenie o wyniku Przetargu I;
- Nr 2 — Dziennik Budowy Nr 148/2017 tomy I-II dotyczący realizacji robót budowlanych w wyniku rozstrzygnięcia Przetargu 1;
- Nr 3 — Decyzja Wójta Gminy Sędziejowice z dnia 10 stycznia 2017 r. mak RW.VII.613.3.2017;
- Nr 4A — Pismo projektanta Z. O. do Larkbud z dnia 27 lipca 2017 r.;
- Nr 4B — Pismo projektanta T. Z. do Larkbud z dnia 9 sierpnia 2017 r.;
- Nr 4C — Pismo projektantów T. Z. i K. G. do Larkbud z dnia 22 sierpnia 2017 r.;
- Nr 4D — Pismo projektanta T. Z. do Larkbud z dnia 25 sierpnia 2017 r.;
- Nr 4E — Pismo Powiatu Łaskiego do Larkbud z dnia 1 września 2017 r. PZD.0512.3.43.2017 z dowodem doręczenia Larkbudowi;
- Nr 5 — Oświadczenie Powiatu Łaskiego z dnia 6 września 2017 r. o odstąpieniu od umowy nr OR.273.2.4.2017 na wykonanie robót budowlanych zawartej z Larkbud w wyniku rozstrzygnięcia Przetargu I z dowodem doręczenia Larkbudowi w dniu 7 września 2017 r.;
- Nr 6A - slwz (Przetarg 2);
- Nr 6B -Projekt Wykonawczy w Branży Drogowej (Przetarg 2);
- Nr 6C Projekt Wykonawczy w Branży Energetycznej (Przetarg 2);
- Nr 6D -Projekt Wykonawczy w Branży Sanitarnej (Przetarg 2);
- Nr 6E -Ogłoszenie o wyniku Przetargu 2;
- Nr 6F -Umowa nr OR.273.2.11.2017 zawarta w dniu 8 listopada 2017 r. pomiędzy Powiatem Łaskim jako zamawiającym a Przedsiębiorstwem Robót Drogowych i Mostowych Sp. z o.o. jako wykonawcą, z aneksami nr 1-5;
- Nr 7 - Pismo PINB w Łasku z dnia 26 stycznia 2018 r. znak PINB.0510/4/DG/17/18;
- Nr 8 — Protokół Nr 3/2018 Odbioru Końcowego Robót sporządzony w dniu 30 lipca 2018 r.

Stanowisko zamawiającego

Pismem z dnia 10 lutego 2019r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie powołując się na art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018r. poz. 1986 z późn. zm.) - zwanej dalej „Ustawą” i wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości a nadto

2. zasądzenie od Wykonawcy kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Zamawiający kwestionuje zasadność zarzutów podniesionych przez Odwołującego i argumentacji przytoczonej na uzasadnienie odwołania.

Zamawiający w uzasadnieniu przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Kluczowe w niniejszej sprawie wydają się zarzuty naruszenia art. 24 ust 5 pkt 2 i 4 Ustawy.

W pierwszej kolejności wypada odnieść się do zarzutu dot. rzekomego zaistnienia przesłanki z 24 ust 5 pkt 2 Ustawy. Przypomnieć w tym miejscu wypada jej literalne brzmienie. Zgodnie z tym przepisem można takiego 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 środków dowodowych”. Konstrukcja tej przesłanki wskazuje jednoznacznie, iż to na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, iż zachowanie wykonawcy można zakwalifikować jako zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych”.

W realiach niniejszej sprawy Zamawiający, po uzyskaniu informacji wskazującej na możliwość spełnienia się tej przesłanki, przeanalizował dostarczone przez Odwołującego, a także Przystępującego dokumenty dot. niezrealizowania przez niego zamówienia na „Przebudowę drogi powiatowej nr 2301E Brzeski-Sędziejowice-Buczek-Wola Bachorska — Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice”. Wystąpił też w tej sprawie do Starostwa Powiatowego w Łasku. Efektem przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego jest ustalenie przez Zamawiającego, iż każda ze stron — Powiat Łaski i Przystępujący prezentują całkowicie odmienną wersję wydarzeń przyczyn odstąpienia od umowy upatrując zachowaniu drugiej ze stron. Jednocześnie Zamawiający, w przeciwieństwie np. do sądu, nie posiada instrumentów pozwalających na szczegółowe badanie przyczyn i okoliczności zakończenia współpracy przez Przystępującego z Powiatem Łaskim. W szczególności, Zamawiający nie jest w stanie jednoznacznie zweryfikować, która ze stron w/w stosunku prawnego ponosi odpowiedzialność za niezrealizowanie zamówienia, a w konsekwencji które z oświadczeń o odstąpieniu zostało złożone skutecznie. Wobec powyższych wątpliwości, Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia Przystępującego z postępowania.

Co do zaś rzekomego zaistnienia drugiej ze wskazanych wyżej przesłanek wykluczenia — sformułowanej w art 24 ust 5 pkt 4 Ustawy, zauważyć należy, iż w tym przypadku warunkiem jej zastosowania jest „rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania”. Według najlepszej wiedzy Zamawiającego żadna z tych sytuacji nie zaistniała w związku z realizacją „Przebudowy drogi powiatowej nr 2301 E Brzeski-Sędziejowice-Buczek-Wola Bachorska — Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice”. Zgodnie z pismem Starostwa Powiatowego w Łasku datowanego 29.11.2018r. pomiędzy stronami tego zamówienia nie toczyło się żadne postępowanie sądowe. Co oznacza, iż nie zostało też zasądzone jakiejkolwiek odszkodowanie. Jednocześnie wydaje się niespornym, iż od w/w umowy odstąpiono (niezależnie od tego, która ze stron zrobiła to skutecznie), a nie rozwiązano ją. W ocenie Zamawiającego odstąpienie od umowy jest diametralnie odmiennym sposobem zakończenia stosunku zobowiązaniowego niż jego rozwiązanie. Przede wszystkim, uregulowane w art. 395 k.c. umowne prawo odstąpienia, co do zasady, wywołuje skutek ex tunc, w przeciwieństwie do rozwiązania umowy, skutkującego ex nunc. W efekcie, odstąpienie powoduje zniweczenie skutku w postaci zawarcia umowy — wywołuje stan jakby umowa nie została nigdy zawarta. W tym kontekście brak jest podstaw do utożsamiania odstąpienia od umowy z jej rozwiązaniem.

W konsekwencji powyższego za nieuzasadnione uznać należy pozostałe zarzuty odwołania.

W sytuacji gdy nie zaistniały przesłanki z art. 24 ust 5 to oczywistym jest, iż Przystępujący nie tylko nie miał obowiązku, ale wręcz nie był uprawniony do zaznaczenia w JEDZ, iż okoliczności te zachodzą.

Brak było też podstaw do prowadzenia procedury self-cleaning Przystępującego.

Z powyższych względów zamawiający wnosi jak na wstępie.

Stanowisko przystępującego/wykonawcy wybranego Larkbud

Pismem z dnia 11 lutego 2019 roku Larkbud sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przedstawił poniżej stanowisko uczestnika w niniejszej sprawie na poparcie zgłoszonego w przystąpieniu wniosku o oddalenie odwołania złożonego jako bezzasadnego w całości.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z dnia 2018.10.16 z późn. zm.), dalej zwanej PZP, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu,

zaś zgodnie z treścią przepisu 180 ust. 3 PZP odwołanie powinno wskazywać m.in. zwięzłe przedstawienie zarzutów oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Z odwołania wynika, że jednym z zarzutów jest naruszenie przez zamawiającego, to jest Miasto Łódź — Zarząd Inwestycji Miejskich (zwanego dalej „Zamawiającym”) przepisu art. 24 ust. 1 punkt 17 PZP. Tymczasem w treści odwołania, a w szczególności w jego uzasadnieniu brak jest okoliczności faktycznych mogących uzasadniać postawienie zarzutu naruszenia tego przepisu, jak i brak jest rozważenia okoliczności prawnych przemawiających za postawieniem zamawiającemu omawianego zarzutu.

W ocenie uczestnika postępowania stan taki należy zakwalifikować jako brak zarzutu naruszenia wspomnianego przepisów art. 24 ust. 1 punkt 17 PZP, a co za tym idzie stwierdzić brak możliwości orzekania przez Izbę co do tego konkretnego zarzutu.

Tak samo rzecz się ma ze zgłoszonym przez odwołującego zarzutem naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 PZP, co do których próżno szukać w treści uzasadnienia odwołania najmniejszego choćby odniesienia. Co więcej, w ostatnim punkcie odwołania mowa jest o naruszeniu art. 89 ust. 1 punkt 5 PZP w zw. z art. 24 ust. 4 PZP, a więc zupełnie nie wspomnianym w zarzutach zgrupowaniu przepisów. Niemniej jednak z ostrożności procesowej uczestnik oświadcza, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 PZP w niniejszej sprawie.

II. Obligatoryjne przesłanki wykluczenia uczestnika z postępowania o udzielenie zamówienia na przebudowę drogi serwisowej przy DK14 (nr sprawy ZIM DZ.3321.48.2018);

Przepisy PZP przewidują zarówno obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak i przesłanki fakultatywne.

Do przesłanek obligatoryjnych zaliczają się między innymi te wskazane w art. 24 ust. 1 punkt 16 PZP i art. 24. ust. 1 punkt 17 PZP.

1. Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 punkt 16 PZP

W ocenie uczestnika postępowania zamawiający nie dopuścił się naruszenia ww. przepisów (art. 24 ust. 1 punkt 16 i art. 24. Ust. 1 punkt 17 PZP) poprzez zaniechanie wykluczenia uczestnika z postępowania o udzielenie zamówienia na przebudowę drogi serwisowej przy DK14, bowiem na podstawie dokumentacji dostarczonej przez odwołującego w toku postępowania (za pismem z dnia 6 grudnia 2018 r.) nie uzyskał i nie mógł uzyskać wymaganej w doktrynie i orzecznictwie pewności, że uczestnik postępowania dopuścił się w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzenia zamawiającego w błąd co do istnienia podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Zamawiający nie miał pewności co do spełniania przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 1 punkt 16, bowiem nie dysponował dokumentami pozwalającymi na wyrobienie w sobie przekonania, że złożone przez uczestnika oświadczenie w dokumencie JEDZ było nieprawdziwe.

Na marginesie w tym miejscu należy też wspomnieć, że dokumenty złożone przez odwołującego (także) były jednostronne i nie przedstawiały całokształtu okoliczności związanych z wykonywaniem przez uczestnika umowy nr OR.273.2.4.2017, zatem odwołujący nie powinien czynić uczestnikowi zarzutu, że ten w załączeniu do wyjaśnień przedstawił wyłącznie pochodzące od niego dokumenty.

Tymczasem złożenie nieprawdziwych informacji jest stanem faktycznym i polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistym stanem rzeczy. KIO wielokrotnie wskazywała, że dla stwierdzenia nieprawdziwości konieczna jest pewność, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości (m.in. w wyroku z dnia 19.11.2013, KIO 2575/13). Nie wystarczą wątpliwości. W niniejszej sprawie wątpliwości zapewne zasiał w zamawiającym odwołujący, który pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. poinformował, że powiat Łaski rozwiązał umowę z uczestnikiem. Jednak wątpliwości te nie przerodziły się w pewność po uzyskaniu wyjaśnień uczestnika. Uczestnik stoi na stanowisku, że wskazując na zawiłości stanu faktycznego, w swych wyjaśnieniach z dnia 03 stycznia 2019 roku naświetlił zamawiającemu skomplikowanie sytuacji związanej z wykonaniem umowy nr OR.273.2.4.2017. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia uczestnika z postępowania na podstawie przesłanek zawartych w art. 24 ust. 1 punkt 16 PZP. Nie miał bowiem pewności, że uczestnik podał nieprawdziwe informacje, a taką musiałby być w stanie jednoznacznie osiąść i wykazać (podobnie SO w Katowicach w wyroku z dnia 11.04.2013, XIX Ga 179/13, lex nr 1315894).

Przez zamierzone działanie należy rozumieć sytuację, w której wykonawcy można przypisać świadomy zamiar nieprzestrzegania przepisów PZP w celu uzyskania zamówienia. To celowe wprowadzenie zamawiającego w błąd i polega na przedstawieniu mu informacji odbiegających od rzeczywistego stanu faktycznego.

Rażące niedbalstwo zachodzi zaś wówczas, gdy oczywiste jest, że wykonawca powinien był przewidzieć konsekwencje umyślnego wprowadzenia w błąd zamawiającego podczas przedstawienia informacji, które byłyby wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jak sam przyznaje odwołujący, instrukcja wypełniania wzmiankowanego dokumentu opublikowana na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych wskazuje na to, że „w tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. (...)”

Uczestnik postępowania stoi niezmiennie na stanowisku, że w toku wykonywania umowy nr OR.273.2.4.2017 zawartej w dniu 19 maja 2017 roku z powiatem Łaskim nie dopuścił się jakichkolwiek nieprawidłowości, a zatem oświadczenie w przedmiocie odstąpienia od tej umowy złożone przez Powiat Łaski było bezskuteczne. Powszechnie przyjmuje się w doktrynie (tak prawa cywilnego, jak i prawa zamówień publicznych), że „choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawnokształtującym nie oznacza to, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata” (tak: Irena Skubiszak — Kalinowska w komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych, opubl. W Lex 2018, stan prawny na 31.07.2018).

Wskazówki zawarte w instrukcji wypełniania formularza JEDZ (przytoczone wyżej) potwierdzają niekwestionowane uprawnienie wykonawcy do podważania skuteczności oświadczenia o odstąpieniu ew. złożonego w stosunku do tego wykonawcy w toku wykonywania poprzednich zamówień. Z uprawnienia tego skorzystał uczestnik postępowania i z tego powodu nie można mu przypisać ani zamierzonego działania, ani choćby rażącego niedbalstwa w podaniu nieprawdy zamawiającemu. Uczestnik stoi bowiem na stanowisku, że nie miały miejsca jakiekolwiek zawinione przez niego nieprawidłowości w wykonywaniu ww. umowy, a nadto, że nie doszło w związku z tym w ich skutek do przedwczesnego rozwiązania tej umowy (o czym szerzej niżej).

2. Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. punkt 17 PZP

Niezależnie od uwag zamieszczonych w punkcie I niniejszego pisma Uczestnik poniżej z ostrożności procesowej odnosi się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 punkt 17 PZP.

Po pierwsze art. 24 ust. 1 punkt 17 PZP odnosi się do wszelkich informacji przedstawianych w toku postępowania zamawiającemu przez wykonawcę, jednak Uczestnik przyjął, że w Odwołaniu ew. byłaby mowa w tym kontekście o informacjach dot. podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Omawiany przepis dot. wprowadzenia zamawiającego przez wykonawcę w błąd wskutek zawinionego podania informacji nieprawdziwych, lecz w lżejszym stopniu (lekkomyślności lub niedbalstwa) niż w przypadku przepisu art. 24 ust. 1 punkt 16 PZP.

Z orzecnictwa i doktryny wynika jednak, że także w stosunku do przesłanek, których dotyczy art. 24 ust. 1 punkt 17 PZP zamawiający musi mieć pewność ich występowania, by móc na tej podstawie wykluczyć wykonawcę. Tymczasem, co zostało już wskazane w punkcie 11.1. powyżej takiej pewności zamawiający nie mógł mieć w niniejszej sprawie, bowiem uczestnik w wyjaśnieniach wskazał na istotę sporu istniejącego między nim a Powiatem Łaskim w związku z wykonaniem umowy nr OR.273.2.4.2017, zaś ew. nieprawdziwa informacja musiałaby być niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości.

III. Fakultatywne przesłanki wykluczenia uczestnika z postępowania o udzielenie zamówienia na przebudowę drogi serwisowej przy DK14 (nr sprawy ZIM DZ.3321.48.2018);

Zgodnie z przytoczonym przez odwołującego zapisem SIWZ Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawców na podstawie przesłanek, o których mowa w art. 24. ust. 5 punkty 2 i 4 PZP.

W ocenie Uczestnika postępowania Zamawiający nie dopuścił się naruszenia tych przepisów w związku z art.24. ust. 7 punkt 3 PZP, bowiem nie zaistniał stan objęty hipotezami ww. postanowień.

1. Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 5 punkt 2 PZP w zw. z art. 24 ust. 7 punkt 3 PZP

Na podstawie art. 24 ust. 5 punkt 2 PZP z postępowania wyklucza się wykonawcę (jeśli oczywiście zamawiający przewidzi taką możliwość w dokumentach postępowania, co w niniejszej sprawie miało miejsce), 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 środków dowodowych.

Zamierzone działanie wskazuje na winę umyślną (to jest stan, w którym sprawca chciał wywołać określone skutki lub godził się na ich wystąpienie), zaś rażące niedbalstwo to postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia, gdy doszło do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, gdzie stopień naganności postępowania sprawcy jest szczególnie wysoki. Innymi słowy rażące niedbalstwo to niezachowanie elementarnych zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji.

Kwalifikacji zachowania wykonawcy, który ewentualnie podlegałby wykluczeniu na omawianej podstawie dokonuje Zamawiający, na którym spoczywa ciężar dowodowy. Podkreślić należy, że wszystkie elementy warunkujące powołanie się na tę podstawę muszą być udowodnione, a nie tylko uprawdopodobnione.

Zwrot „poważne naruszenie obowiązków zawodowych” jest wyrażeniem niedookreślonym i wymaga w związku z tym każdorazowo indywidualnej oceny wykonawcy w stosunku do konkretnego stanu faktycznego. Odnosi się ono zwykle do zachowania wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Nie chodzi tu o jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części. Stwierdzenie istnienia takiego poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy (za: Józef Edmund Nowicki, Komentarz aktualizowany. Prawo zamówień publicznych. Opubl. W Lex/et. 2018).

3. Zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 5 punkt 4 PZP w zw. z art. 24 ust. 7 punkt 3 PZP

Na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 punkt 4 PZP z postępowania zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależyte wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 PZP, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Także i w tym przypadku ciężar dowodowy spoczywa na zamawiającym. Musi on zatem wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto musi on też wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, a także że owo niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

3. Uwagi wspólne do postawionych zarzutów naruszenia art. 24 ust. 5 punkty 2 i 4 PZP w zw. z art. 24 ust. 7 punkt 3 PZP na podstawie stanu faktycznego istniejącego w ramach wykonania umowy nr OR.273.2.4.2017

a) Stan faktyczny dot. wykonywania umowy nr OR.273.2.4.2017

Prawdą jest, że Uczestnik zawarł z Powiatem Łaskim w dniu 19.05.2017 r. umowę na wykonanie przebudowy drogi powiatowej nr 2301E o numerze OR.273.2.4.2017, a jej należyte wykonanie zabezpieczone było przez Uczestnika gwarancją ubezpieczeniową wystawioną przez TUiR Warta S.A. („Gwaranta”) na kwotę 10% wartości brutto wynagrodzenia z umowy.

Powiat Łaski złożył oświadczenie w przedmiocie odstąpienia od umowy oświadczeniem z dnia 06.09.2017 r., a w dniu 13.10.2017 r. wystąpił do Gwaranta (TUiR Warta S.A.) z wezwaniem do wypłaty z gwarancji na pełną kwotę. Gwarant uznał roszczenie powiatu Łaskiego.

Następnie Gwarant wystąpił do uczestnika z wezwaniem do zwrotu kwoty wypłaconej powiatowi Łaskiemu z gwarancji i uczestnik zapłacił żadaną kwotę Gwarantowi.

Nie jest natomiast prawdą, że uczestnik nie dochodzi zwrotu kwoty wypłaconej powiatowi Łaskiemu w ramach Gwarancji. Uczestnik wezwał powiat Łaski do zapłaty kwoty poniesionej przez siebie szkody, powiat Łaski nie uczynił zadość wezwaniu, a uczestnik złożył w Sądzie Okręgowym w Łodzi pozew o zapłatę i o ustalenie.

Dowód: odpis pozwu złożonego przez Uczestnika przeciwko Powiatowi Łaskiemu w Sądzie Okręgowym w Łodzi — załącznik nr 3

W ramach realizacji Umowy Uczestnik wykonał część prac stanowiących przedmiot Umowy, wycenił je zgodnie z zasadami opisanymi w Umowie, co zostało zaakceptowane przez Powiat Łaski, i zafakturował.

Dowód: załączniki do pozwu karty 42-93 załącznika nr 3

Współpraca między Uczestnikiem i Powiatem Łaskim w ramach realizacji umowy OR.273.2.4.2017 nie układała się pomyślnie. Umowa została zawarta w formule „wybuduj”- dokumentację projektową dostarczył zamawiający. W ocenie Uczestnika dokumentacja projektowa była wadliwa, bowiem zawierała nieprawidłowości, które uniemożliwiały realizację przedmiotu umowy zgodnie z tą dokumentacją. Ponadto, w toku wykonywania prac wychodziły na jaw okoliczności,

których Uczestnik nie był w stanie przewidzieć (a tym samym wycenić) na etapie składania oferty, które również wpływały negatywnie na możliwość prowadzenia robót. O wszelkich dostrzeżonych nieprawidłowościach oraz ujawnionych przeszkodach Uczestnik natychmiast informował powiat Łaski, a w tym:

- a.złym stanie nawierzchni asfaltowej, która ma pełnić rolę podbudowy zasadniczej i prawdopodobnym braku wymaganej nośności - pismem z dnia 29.05.2017 r.;
- b.o braku możliwości podłączenia projektowanego wpustu Wp22 do istniejącego kanału deszczowego z rur żelbetowych DN 900 mm z uwagi na bardzo zły stan techniczny kanału, o jego zamuleniu i zanieczyszczeniu oraz zagrożeniu dla pracujących pracowników budowlanych, pojazdów i przechodniów, a w związku z tym konieczności wstrzymania w tym miejscu robót drogowych - pismem z dnia 14.07.2017r.;
- c.o odmiennej rzędnej istniejącego kanału od rzędnej wskazanej w dokumentacji projektowej (166,03 projektowa, 166,34 faktyczna) i braku możliwości wykonania prac zgodnie z dokumentacją projektową z uwagi na brak możliwości zachowania minimalnych spadków wymaganych dokumentacją projektową, normami i sztuką budowlaną - pismem z dnia 24.07.2017 r.;
- d.o ujawnieniu licznych spękań kanału fi1000 mogących skutkować zawaleniem podczas realizacji prac lub eksploatacji i braku możliwości prowadzenia prac związanych z wykonaniem odwodnienia oraz drogowych - pismem z dnia 31.07.2017 r.;
- e.o kolizji drzew z projektowaną drogą na odc. 0+00 do 0+300 /drzewa w konstrukcji drogi/ i braku możliwości wykonania prac zgodnie z dokumentacją projektową - pismem z dnia 03.08.2017 r.;
- f.o węższej średnicy kanału w węźle W2 niż przewidziana w dokumentacji i braku możliwości prawidłowego wykonania prac - pismem z dnia 09.08.2017 r.;
- g.o kolizji części istniejących słupów technicznej infrastruktury naziemnej z projektowanymi elementami jezdni drogi i braku możliwości wykonania prac zgodnie z umową oraz konieczności wstrzymania robót w tej części - pismem z dnia 17.08.2017 r.;
- h.o kolizji kabli teletechnicznych z kanalizacją na odc. 57-58 i braku możliwości prawidłowego wykonania robót zgodnie z dokumentacją projektową, a w związku z tym o konieczności wstrzymania robót w tej części - pismem z dnia 18.08.2017 r.;
- i.o zapadnięciu kanału fi400 i potrzebie jego remontu (z uwagi na groźbę zapadnięcia drogi podczas prac lub eksploatacji), a także o braku odpowiedzi na pytanie, czy kanał ten należy łączyć z nowo budowanym rowem bytowym oraz braku możliwości prawidłowego wykonania robót zgodnie z dokumentacją projektową i konieczności wstrzymania robót w tej części - pismem z dnia 28.08.2017 r.;
- j.o kolizji słupów z konstrukcją drogi i zgłoszeniu wniosku o dokumentację projektową na przebudowę słupa w km 0+097 oraz słupa w km 0+907 - pismem z dnia 30.08.2017 r.;
- k.o kolizji kabli z nowo budowaną kanalizacją i zgłoszeniu prośby o kompleksowe rozwiązanie projektowe umożliwiające kontynuowanie prac oraz wprowadzenie stosownych zmian do umowy - pismem z dnia 01.09.2017 r.;
- l. o błędach dokumentacji projektowej i zgłoszeniu wniosku o przekazanie kompletnej dokumentacji zamiennej lub zmienionej — kolejnym pismem z dnia 01.09.2017 r.;
- m.o niezgodnych z przepisami hydrantach ppoż. - pismem z dnia 04.09.2017 r,

Zdarzały się sytuacje, kiedy uczestnik kilkakrotnie zwracał się do powiatu Łaskiego o przedstawienie rozwiązań:

- n.ponowna prośby o rozwiązanie projektowe dot. DN 500 na DN 600 do 23.08.2017 - prośba o info dot. kanału DN400 - pismem z dnia 21.08.2017 r.;
- o.kolejna prośba o odpowiedź na pytania z pisma z dnia 21.08.2017 - pismem z dnia 24.08.2017 r.

Dowód: zestawienie korespondencji — załącznik nr 2 załączniki do pozwu karty 97-124 załącznika nr 3:

Powiat Łaski nie przekazywał Uczestnikowi rozwiązań zamiennych lub zmienionych. Nie reagował też na zgłaszane przez uczestnika nieprawidłowości niezwłocznie. Powiat Łaski sam przyznał, że zmienioną dokumentację projektową próbował Uczestnikowi doręczyć od dnia 31.08.2017 r.

Dowód: załączniki do pozwu — karty 151-152 i 31-34 załącznika nr 3:

W tej sytuacji uczestnik wystąpił do powiatu Łaskiego o udzielenie gwarancji zapłaty w trybie 649¹ § 1 kc. Jednak Powiat ogłosił stosowne postępowanie przetargowe w tym zakresie dopiero w dniu 30.08.2017 r., wskazując w nim jakiej gwarancji oczekuje. Uczestnik w tym samym dniu wystosował do powiatu Łaskiego pismo zawierające zastrzeżenia co do treści ww. ogłoszenia i żądanej gwarancji.

Dowód: załączniki do pozwu karty 153-155 załącznika nr 3

W przetargu na uzyskanie gwarancji zapłaty powiat Łaski otrzymał tylko jedną ofertę i unieważnił w efekcie postępowanie wobec odstąpienia od umowy z Uczestnikiem.

Dowód: załączniki do pozwu - karty 156-176 załącznika nr 3

Zaraz po rozpisaniu przetargu na otrzymanie gwarancji zapłaty powiat Łaski złożył uczestnikowi oświadczenie w przedmiocie odstąpienia od umowy.

W ocenie uczestnika złożone przez powiat Łaski oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie wywołało skutków prawnych. Jednak wobec utrzymującego się braku współdziałania w ramach wykonywania umowy uczestnik nie widział możliwości kontynuowania współpracy i odstąpił od umowy własnym oświadczeniem z dnia 18.09.2017 r. W tym samym piśmie wezwał również powiat Łaski do rozliczenia za prace wykonane.

Dowód: załączniki do pozwu - karty 188-189 załącznika nr 3

Wówczas powiat Łaski rozpiął drugi przetarg na wyłonienie kolejnego wykonawcy, który miał skończyć wykonywanie prac składających się przedmiot umowy, których nie wykonał Uczestnik.

Dowód: dokumentacja dot. ogłoszenia i rozstrzygnięcia przetargu na wyłonienie wykonawcy robót po odstąpieniu od Umowy: <http://lask.bip.net.pl/?c-555>;

Drugiemu wykonawcy (którym był odwołujący) przekazano zmienioną dokumentację projektową w stosunku do dokumentacji załączonej do umowy.

b) Kwestie prawne dot. wykonywania umowy nr OR.273.2.4.2017

a. Odstąpienie od umowy nr OR.273.2.4.2017 przez powiat Łaski

Powiat Łaski nie był uprawniony do złożenia oświadczenia w przedmiocie odstąpienia od Umowy, bowiem nie istniały ku temu powody ani wskazane w § 9 ust. 4 umowy, ani opisane w przepisie art. 635 kc. Złożone oświadczenie było zatem bezskuteczne.

W ocenie Uczestnika, jedyną przyczyną złożenia przez Powiat Łaski oświadczenia o odstąpieniu od umowy OR.273.2.4.2017 było nieuzyskanie gwarancji zapłaty, o którą wystąpił uprzednio Uczestnik. Na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy Powiat Łaski dysponował bowiem jedynie informacją od biura Maxima Fides o braku podmiotów udzielających gwarancji zapłaty. Co więcej, dopiero w dniu 30.08.2017 r. Powiat Łaski zamieścił na swojej stronie internetowej (<http://lask.bip.net.pl/?a-7002>) ogłoszenie o przetargu nieograniczonym na udzielenie gwarancji zapłaty za roboty budowlane na wykonanie zadania inwestycyjnego pn.: "Przebudowa drogi powiatowej nr 2311E Widawa - Wola Wiązowa - Kielczygłów na odcinku o długości ok. 3,8 km w miejscowości Zborów, Ochle" oraz "Przebudowa drogi powiatowej nr 2301E Brzeski - Sędziejowice - Buczek Wola Bachorska - Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice".

Ofertę w tym postępowaniu Powiat Łaski otrzymał dopiero w dniu 07.09.2017 r., a zatem już po złożeniu przez siebie oświadczenia o odstąpieniu od umowy (i w dniu jego doręczenia Uczestnikowi).

Postępowanie przetargowe w przedmiocie uzyskania gwarancji zapłaty Powiat Łaski unieważnił w dniu 22.09.2017 r. (<http://lask.bip.net.pl/?a-7018>).

Zgodnie z przepisem art. 649⁴51 kc., „Jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia.” W sytuacji, gdy zamawiający bez uzasadnienia i bez jakichkolwiek podstaw odstąpił od umowy wcześniej, Uczestnik nie był już zobowiązany do oczekiwania na upływ 45 dniowego terminu wskazanego w przywołanym przepisie. Oczekiwanie na jego upływ byłoby bowiem nieuzasadnione.

W dniu składania oświadczenia o odstąpieniu od umowy Powiat Łaski nie miał jakichkolwiek podstaw do odstąpienia. W szczególności nie zachodziły podstawy istnienia opóźnienia z wykonaniem robót obciążające Uczestnika (który zgłaszał wszelkie dostrzeżone nieprawidłowości w dokumentacji projektowej niezwłocznie), skoro zmienioną dokumentację projektową Powiat Łaski próbował doręczyć Uczestnikowi dopiero od dnia 31.08.2017 r.(!) Wobec powyższego oświadczenie woli Powiatu Łaskiego zawarte w piśmie z dnia 06.09.2017 r. należy uznać za bezskuteczne (zgodnie z brzmieniem art. 649²§ 2 kc). Fakt konieczności wprowadzenia zmian do dokumentacji projektowej potwierdza nadto okoliczność, że zostały one uwzględnione w drugim postępowaniu przetargowym rozpisany po odstąpieniu od umowy.

W takim zaś przypadku to uczestnik miał wystarczające powody do odstąpienia od umowy nr OR.273.2.4.2017 z powodów, za które odpowiedzialność ponosił Powiat Łaski, a nie odwrotnie.

Przedstawiony wyżej stan faktyczny wraz z uzasadnieniem prawnym wskazuje zaś na to, że nie istniały przesłanki fakultatywne wykluczenia uczestnika z postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, bowiem:

- a) Zamawiający nie miał dowodów na to, że Uczestnik w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważyło jego uczciwość (w szczególności, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie), ani też
- b) Zamawiający nie miał dowodów na to, że Uczestnik z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania,

ponieważ w tak złożonym i skomplikowanym stanie faktycznym nie mógł ich mieć, a nawet gdyby dysponował wszystkimi dokumentami związanymi z wykonaniem umowy OR.273.2.4.2017 i tak nie byłby w stanie jednoznacznie i ponad wszelką wątpliwość przesądzić o tym, która ze stron ponosi odpowiedzialność za niewykonanie przedmiotu umowy nr OR.273.2.4.2017.

b. Zasądzenie odszkodowania jako jedna z przesłanek przewidzianych art. 24 ust. 5 punkt 4 PZP. W tym miejscu należy odnieść się do dokonanej przez powiat Łaski wypłaty z gwarancji udzielonej w związku z umową nr OR.273.2.4.2017 przez TUIR Warta S.A. i wspomnianej przez Odwołującego.

Uczestnik podnosi, że powiat Łaski nie dochował warunków formalnych pociągnięcia Gwarancji wskazanych w jej treści (punkt 7 Gwarancji). Zgodnie z przywołanym postanowieniem „wypłata z Gwarancji nastąpi w ciągu 30 dni od daty doręczenia Gwarantowi, w terminie ważności Gwarancji: 1) oryginału wezwania do zapłaty zawierającego kwotę roszczenia i oświadczenie, że żądana kwota odpowiada — odpowiednio — niewykonanym bądź nienależycie wykonanym robotom budowlanym określonym w Umowie albo nieusuniętym wadom fizycznym oraz że jest należna z tytułu Gwarancji, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do działania w imieniu Beneficjenta, których podpisy zostały poświadczone notarialnie lub przez bank prowadzący rachunek Beneficjenta, 2) kopii pisemnego wezwania, o którym mowa w ust. 3 (tj. wezwania od Beneficjenta do usunięcia wskazanych w nim uchybień lub wad — przyp. autora), 3) dokumentów poświadczających umocowanie osób, które podpisały wezwanie do zapłaty, 4) w zakresie odpowiedzialności Gwaranta, o którym mowa w ust. 6 pkt 1 (tj. w zakresie odpowiedzialności Gwaranta z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania robót budowlanych określonych w Umowie, od dnia 19-05-2017 r. do daty podpisania przez Wykonawcę i Beneficjenta protokołu odbioru końcowego należycie wykonanych robót budowlanych, jednak nie dłużej niż do dnia 14-09-2017 r. — przyp. autora): specyfikacji niewykonanych lub nienależycie wykonanych robót budowlanych objętych Umową wraz z wyliczeniem kwoty roszczenia w odniesieniu do każdej pozycji tej specyfikacji, 5(...)”

Przed wszystkim w dniu wystosowania do Gwaranta wezwania do wypłaty pełnej kwoty gwarancji nie była wystawiona jeszcze żadna nota z tytułu kary umownej związanej z odstąpieniem przez Powiat Łaski od umowy. Nie istniało zatem w sensie prawnym roszczenie o jej wypłatę.

Ponadto, powiat Łaski w dniu wystąpienia do Gwaranta z roszczeniem o wypłatę z gwarancji nie miał skonkretyzowanego roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań Uczestnika z umowy, bowiem nie znał ani wartości robót niewykonanych (kosztorysy powykonawcze zostały przygotowane przez Inspektora Nadzoru w dniu 26.10.2017 r., ani też nie był wyłoniony nowy wykonawca rozstrzygnięcie przetargu 2 nastąpiło w dniu 7.11.2017 r.), a zatem nie mógł złożyć wymaganego Gwarancją oświadczenia, że żądana kwota wypłaty odpowiada jego roszczeniom z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy.

Zgodnie z postanowieniem ust. 8 Gwarancji wezwanie Beneficjenta nie spełniające warunków formalnych powinno pozostać bezskuteczne. Z nieznanymi Uczestnikowi przyczyn tak się nie stało i TUIR Warta S.A. dokonała wypłaty z Gwarancji na rzecz Powiatu Łaskiego. Wobec niespełnienia warunków formalnych wypłatę tę należy uznać za nienależną i niezasadną. Z tego powodu Uczestnik wystąpił o zasądzenie od Powiatu Łaskiego kwoty równej dokonanej wypłacie z gwarancji.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 8 PZP i art. 24 ust. 9 PZP

Warunkiem sine qua non zastosowania procedury self-cleaning w klasycznej postaci jest przyznanie przez wykonawcę, że popełnił delikt na gruncie PZP.

Tymczasem Uczestnik postępowania nigdy takiego oświadczenia nie złożył.

Złożył natomiast wyjaśnienia, których zażądał Zamawiający.

W skutek tych wyjaśnień Zamawiający dokonał ponownego wyboru oferty złożonej przez Uczestnika, nie wskazując, że zastosował przy tym przepisy art. 24 ust. 8 PZP i 24 ust. 9 PZP.

Celem self-cleaningu jest umożliwienie wykonawcy wykazania się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego swoją rzetelnością pomimo zaistnienia wobec niego podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 punkty 13 i 14 oraz punkty 16-20 PZP lub art. 24 ust. 5 PZP. Uczestnik postępowania stoi zaś na stanowisku, że nie dopuścił się deliktu, co zostało wykazane w punktach II i III niniejszego pisma.

Co więcej, Uczestnik postępowania składa niniejszym oświadczenie, że swą działalność wykonuje w sposób profesjonalny i rzetelny, na dowód czego przedkłada referencje uzyskane od innych podmiotów.

Dowód: kopie referencji

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 punkt 5 PZP

W ocenie uczestnika, skoro uczestnik nie podlegał wykluczeniu na żadnej z podstaw wskazywanych przez odwołującego, co szczegółowo zostało opisane w treści niniejszego pisma, to zamawiający nie mógł dopuścić się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 punkt 5 PZP.

Do pisma procesowego z dnia 11 lutego 2019 roku przystępujący Larkbud załączył: 1.Oryginał pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej; 2.Zestawienie historii korespondencji uczestnika z powiatem Łaskim w sprawie nieprawidłowości projektowych istniejących w dokumentacji projektowej stanowiącej podstawę wykonywania umowy nr OR.273.2.4.2017;3.

Odpis pozwu złożonego przez uczestnika przeciwko powiatowi Łaskiemu do Sądu Okręgowego w Łodzi (bez CD); 4. Kopie referencji oraz 2 odpisy pisma wraz z załącznikami dla Odwołującego i Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego, zarówno z dowodów zawnioskowanych przez strony jak i uczestnika a także na podstawie dowodów z urzędu, z dokumentacji przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego, jak i wyjaśnień oraz oświadczeń złożonych w pismach procesowych i na rozprawie, Izba dokonała następujących ustaleń i zważenia sprawy

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Odwołujący złożył odwołanie od czynności jak i od zaniechania czynności przez zamawiającego, któremu postawił następujące zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp i polegające na:

1.art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp, przez niewłaściwe w okolicznościach sprawy zaniechanie wykluczenia Larkbud z postępowania, pomimo udzielenia przez tego wykonawcę nierzetelnej odpowiedzi „NIE” na pytanie na str. 13 formularza JEDZ, tj. „rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje — czy wykonawca znajdował się w sytuacji w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” a następnie ponowne poświadczenie powyższego wraz z przekazaniem dalszych nierzetelnych informacji, podczas czynności ponownego badania i oceny ofert i tym samym wprowadzenia zamawiającego w wyniku zamierzonego działania w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, bądź ewentualnie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Izba rozpatrując podniesiony przez odwołującego zarzut zauważa po pierwsze, że odwołujący w jednym czynie jakim jest odstąpienie od umowy przez Powiat Łask znajduje kwalifikację prawną z czterech odrębnie sformułowanych przesłanek ustawowych, które skutkują wykluczeniem z postępowania nierzetelnego wykonawcy. I tak już rozpatrując powyższy zarzut odwołujący przypisuje do jednego czynu dwie kwalifikacje prawne to jest art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 Pzp o różnym brzmieniu (art.24 ust.1 pkt 16 Pzp „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów” i dalej art.24 ust.1 pkt 17 Pzp „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć

istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia." Przede wszystkim należy podkreślić, że „lekkomyślność lub niedbalstwo” (pkt 17) wyklucza „zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo” (pkt 16). Z kolei zakres informacji, które wprowadzają w błąd zamawiającego mają różny skutek i tak w pkt 16 mowa jest o „wykluczeniu, spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów ale chodzi nie tylko o informacje ale również o ich zatajenie i też należy mieć na uwadze, że znaczenie ma samo „wprowadzenie w błąd”. Natomiast w pkt 17 jest mowa również o „informacjach” ale „mogących mieć istotny wpływ na decyzje” podejmowane przez zamawiającego przy czym informacja jak w pkt 16 ma wprowadzać w błąd zamawiającego. Reasumując w pkt 16 i pkt 17 art.24 ust.1 ustawy Pzp są elementy wspólne jak i odrębne, które powodują, że są to dwie różne kwalifikacje nie tożsame, nie identyczne, chociaż skutkują w obydwu przypadkach wykluczeniem z postępowania. Natomiast z zawiadomienia odwołującego z dnia 6 grudnia 2018 roku skierowanego do zamawiającego w trybie art.181 ust.1 ustawy w związku z art.179 ust.1 Pzp wynika, że odwołujący przywołuje czynność Powiatu Łask z dnia 6 września 2017 roku sprowadzającą się do odstąpienia od umowy z Larkbud z powodu przyczyn leżących po stronie tegoż wykonawcy. W zawiadomieniu skierowanym do zamawiającego, odwołujący opiera swój wniosek o art. 24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp, a w jego uzasadnieniu przywołuje postanowienia art.24 ust.5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp, które w SIWZ znajdują się w pkt 6.2. (6.2.2.2. i 6.2.2.4. SIWZ). Przy czym kwitując wniosek odwołujący przywołuje ponownie art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp jednocześnie na okoliczność zajścia obligatoryjnych przesłanek wykluczenia wykonawcy Larkbud z postępowania. Tak więc odwołujący konsekwentnie w odwołaniu mając do dyspozycji kolejne regulacje ustawowe tym razem fakultatywne to jest art. 24 ust.5 pkt 2) i pkt 4) ustawy Pzp przywołuje je również jako dyspozytywne dla przedmiotowej sprawy (poniżej pkt 3) zarzuty odwołania. Skoro ustawodawca przewiduje cztery dyspozycje dla nierzetelnego, nieuczciwego wykonawcy to jest: pkt 16) i pkt 17) art.24 ust.1 Pzp wykluczenie obligatoryjne a w pkt 2) i pkt 4) ust.5 art.24 ustawy Pzp wykluczenie fakultatywne to znaczy, że są to cztery odrębne stany faktyczne i prawne z których może skorzystać odwołujący kwalifikując jeden czyn do jednej z dyspozycji ustawowych a nie do każdej z czterech dyspozycji ustawowych, bo każda z nich ma elementy rozłączne w stosunku do pozostałych. Do takiego wniosku należy dojść mając na uwadze racjonalnego ustawodawcę jak i zasady logicznego rozumowania gdzie jedno zachowanie zakwalifikować można do jednej z czterech regulacji skoro zamawiający wyodrębnił je w art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 jak i w art.24 ust.5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp a nie do każdej z nich jak to uczynił odwołujący. Izba podziela stanowisko przystępującego w sprawie (pismo procesowe z dnia 11 lutego 2019 roku), że brak w uzasadnieniu odniesienia się merytorycznego zwłaszcza co do zarzutu z pkt 17 co czyni ten zarzut blankietowym, bez podania na okoliczność tego zarzutu jakichkolwiek faktów czy argumentacji prawnej.

Izba w tym miejscu stwierdza, że przeprowadzone postępowanie dowodowe w trakcie rozprawy jak i postępowanie wyjaśniające z udziałem stron i uczestnika nie potwierdziło podniesionego w niniejszym punkcie zarzutu odwołania to jest odwołujący nie udowodnił spełnienia jednej z powyższych dyspozycji przepisu.

Kolejny zarzut odwołania to:

2.art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez niewłaściwe w okolicznościach sprawy, w ocenie odwołującego, zaniechanie uznania oferty Larkbud za odrzuconą. Ta dyspozycja przepisu prawa ma charakter warunkowy to znaczy, że może być zastosowana tylko i wyłącznie jako skutek w sytuacji stwierdzenia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania i to w przypadkach wykluczenia z mocy prawa. Jest to więc przepis o charakterze konsekwencji (skutku) wynikającej z okoliczności stwierdzenia podstaw wykluczenia wykonawcy.

Izba w tym miejscu stwierdza, że wobec nie potwierdzenia się zarzutów odwołania przywołanych w powyższym w punkcie 1, zarzut ten jako konsekwencja niepotwierdzonego powyżej zarzutu, nie potwierdził się.

Nawiązując do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Larkbud sformułowanego w powyższym punkcie 1 kolejno odwołujący wskazuje na naruszenie:

3.art. 24 ust. 5 pkt 2) i 4) ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 7 pkt 3) ustawy Pzp, przez niewłaściwe w okolicznościach sprawy, mając na uwadze treść pkt 6.2.2.2. i 6.2.2.4. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), zaniechanie wykluczenia wykonawcy Larkbud z postępowania, pomimo niewykonania przez tego wykonawcę, względnie nienależytego wykonania w istotnym stopniu, w wyniku rażącego niedbalstwa, jak również z przyczyn leżących po jego stronie, zamówienia publicznego udzielonego mu w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego na roboty budowlane w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 2301E Brzeski — Sędziejowice - Buczek - Wola Bachorska - Bocianicha na odcinku o długości ok. 2,8 km w miejscowości Sędziejowice ” — znak sprawy: OR.272.2.2017 - na zlecenie Powiatu Łaskiego jako zamawiającego, odstąpienia od tej umowy przez zamawiającego i zaspokojenia roszczeń zamawiającego z zabezpieczenia w postaci gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy;

I tutaj podobnie jak w powyższym pkt 1 zarzutów odwołania (gdzie wskazano w jednym punkcie zarówno dyspozycję pkt 16) i pkt 17) art.24 ust.1 ustawy Pzp odwołujący na jeden czyn wskazuje zarówno dyspozycję pkt 2) jak i pkt 4) art.24 ust.5 ustawy Pzp. W myśl pkt 2 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 środków dowodowych. Z kolei w myśl pkt 4 ust.5 art.24 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art.3 ust.1 pkt 1-4 , co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Te obydwa stany faktyczne i prawne opisane powyżej wskazują na różne zdarzenia przede wszystkim wywołane albo w sposób zawiniony, albo z przyczyn leżących po stronie wykonawcy z różnymi też skutkami to jest albo nie wykonanie lub nienależyte wykonanie, albo rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania również w jednym przypadku jest nie wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia a w drugim przypadku nie wykonanie lub nienależyte wykonanie dotyczy istotnego stopnia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba kwitując zaistniały stan rzeczy (zarzuty w pkt 1 i pkt 3) to jest wskazanie czterech odrębnych podstaw prawnych zarzutów wniesionego odwołania wobec jednego stanu faktycznego, który podnosi odwołujący świadczyć mogą przede wszystkim o braku pewności odwołującego co do zasadności podniesionych zarzutów.

Izba w tym miejscu stwierdza, że przeprowadzone postępowanie dowodowe w trakcie rozprawy jak i postępowanie wyjaśniające z udziałem stron i uczestnika nie potwierdziło podniesionego w niniejszym punkcie zarzutu odwołania.

4.art. 24 ust. 8 Pzp przez niewłaściwe w okolicznościach sprawy przyjęcie, że podlegający wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17) Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 2) i 4) Pzp Larkbud przedstawił dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo nieprzedstawienia przez tego wykonawcę żadnych dowodów na poparcie tych okoliczności, a jedynie poprzestaniu na przedstawieniu własnych, pozbawionych wartości dowodowej oświadczeń odnośnie przyczyn niewykonania, względnie nienależytego wykonania w istotnym stopniu, wskazanej w punkcie poprzedzającym umowy w sprawie zamówienia publicznego realizowanej na zlecenie Powiatu Łaskiego;

Zarzut ten ma charakter czysto teoretyczny, ponieważ przeprowadzone postępowanie dowodowe w sprawie w żadnym stopniu nie wskazuje na to, że wykonawca wybrany Larkbud czuje się winnym jednego z przypadków opisanych w powyższych zarzutach nr 1 i nr 3 odwołania, co już wyraził w postępowaniu przed zamawiającym. Również nawet sam odwołujący nie wskazuje na podjęcie jakichkolwiek działań wykonawcy wybranego Larkbud wskazujących na procedurę samooczyszczenia. Przywoływane w niniejszym zarzucie powyżej jedynie oświadczenia wykonawcy Larkbud co do przyczyn niewykonania, względnie nienależytego wykonania umowy na zlecenie Powiatu Łaskiego nie odnoszą się do dyspozycji ust.8 art.24 ustawy Pzp. Bowiem w dyspozycji tego przepisu jest podjęcie środków zapobiegających w przyszłości nieprawidłowościom a wykonawca wybrany Larkbud jak i zamawiający przedmiotowego postępowania nie potwierdzają nie wykonania czy też nienależytego wykonania umowy na rzecz powiatu Łask, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zarzut ten miałby rację bytu w sytuacji gdyby wykonawca wybrany Larkbud przyznał się do nieprawidłowości w wykonaniu umowy na rzecz powiatu Łask a czemu jak już powyżej nadmieniono zaprzeczał w toku postępowania zarówno przed zamawiającym, jak i w toku postępowania odwoławczego.

Izba w tym miejscu stwierdza, że wobec nie potwierdzenia się zarzutów odwołania przywołanych w powyższych punktach 1 i 3, zarzut ten również nie potwierdził się.

5.art. 24 ust. 9 Pzp przez niewłaściwe w okolicznościach sprawy uznanie za wystarczające opisanych w punkcie poprzedzającym własnych oświadczeń Larkbud odnośnie przyczyn niewykonania, względnie nienależytego wykonania w istotnym stopniu, wskazanej w punkcie 3 powyżej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jako dowodów, pomimo, że oświadczenia te nie mają żadnej wartości dowodowej;

Powyższy zarzut nie ma racji bytu wobec ustaleń Izby opisanych w punkcie 4 powyżej. Bowiem wykonawca wybrany w żadnym miejscu to jest ani przed zamawiającym, ani przed Izbą nie przyznał się do nieprawidłowego z jego strony zachowania wobec zamawiającego powiatu Łask.

Izba w tym miejscu stwierdza, że wobec nie potwierdzenia się zarzutów odwołania przywołanych w powyższych punktach 1 i 3, zarzut ten również nie potwierdził się.

6.art. 7 ust 1 i 3 Pzp w związku z art 89 ust. 1 pkt 5) Pzp, poprzez niewłaściwe w okolicznościach sprawy zaniechanie

odrzućenia oferty Larkbud jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do tego zarzutu odwołania należy, jak powyżej to jest do zarzutów ujętych w punktach nr: 2; 4; 5, stwierdzić, że stanowi on potencjalną konsekwencję zarzutów podniesionych w punktach 1 i 3 powyżej przywołanych. Zarzuty te mogłyby być rozstrzygane co do ich zasadności w przypadku potwierdzenia się jednego z zarzutów podniesionych czy to w punkcie 1, czy to w punkcie 3, powyżej przywołanych zarzutów odwołania. W tym miejscu Izba podziela pogląd przystępującego Larkbud, który w piśmie procesowym z dnia 11 lutego 2019 roku podnosi, że oprócz przywołania we wstępie podstawy zarzutu to jest art.7 ust.1 i 3 Pzp to w samym uzasadnieniu odwołania nie znajduje się na tę okoliczność przywołanych żadnych faktów jak i wywodów prawnych, co czyni ten zarzut blankietowym.

Izba w tym miejscu stwierdza, że wobec nie potwierdzenia się zarzutów odwołania przywołanych w powyższych punktach 1 i 3, zarzut ten również nie potwierdził się, ponieważ może stanowić tylko konsekwencję potwierdzenia powyżej wymienionych zarzutów.

Z uwagi na to, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z powodu nie stwierdzenia naruszeń przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu w związku z podniesionymi przez odwołującego czynnościami czy też zaniechaniami, Izba nie uwzględniła żądań podniesionych w odwołaniu to jest nie nakazała: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Larkbud jako najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w szczególności pod kątem podstaw wykluczenia wykonawcy Larkbud z postępowania, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty wykonawcy Larkbud.

Izba na rozprawie przeprowadziła postępowanie dowodowe dokonując następujących ustaleń i na ich podstawie zważyła jak poniżej nie uwzględniając żadnych z zarzutów odwołania .

Przystępujący złożył pismo procesowe z dnia 11.02.2019r., którego argumentacja przywołana została powyżej w uzasadnieniu, w którym to piśmie popiera stanowisko zamawiającego. Przy piśmie tym w szczególności wskazuje na załączony pozew skierowany do Sądu Okręgowego w Łodzi złożony w dniu 1 lutego 2019 roku o zapłatę kwoty 599.912 złotych z tytułu niezapłaconych robót przez powiat Łask oraz o ustalenie przez Sąd, że nie doszło do odstąpienia od umowy przez powiat Łask oświadczeniem z dnia 6 września 2017 roku wskutek okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi powód czyli wykonawca Larkbud, stanowiący załącznik nr 3 do pisma procesowego przystępującego Larkbud. Pozew ten jest skierowany przeciwko zamawiającemu – powiatowi Łask i pozew ten przedkłada przystępujący jako dowód przeciwko twierdzeniu odwołującego o uznaniu za zgodne z prawem odstąpienie od umowy przez powiat Łask i wywodzeniu z tego tytułu twierdzeń podniesionych w odwołaniu w szczególności w zarzutach nr 1 i nr 3 . Szczególne znaczenie w sprawie mają załączniki do pozwu, które są ponumerowane na kartach od 1 do 190 i przedstawiają korespondencję między wykonawcą Larkbud a powiatem Łask w miesiącach maj – wrzesień 2017 roku to jest w okresie realizacji umowy.

D o pisma procesowego przystępujący Larkbud załączył kolejne załączniki, załącznik nr 2 - zestawienie historii korespondencji pomiędzy wykonawcą Larkbud a powiatem Łask, załącznik nr 3 - odpis pozwu wraz z załącznikami do pozwu oraz załącznik nr 4 – referencje od innych wykonawców niż powiat Łask. Załączone referencje mające poświadczać należyte wykonanie innych umów dla zamawiających innych niż powiat Łask.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego złożone do pisma procesowego wykonawcy Larkbud załączniki to jest załącznik nr 2 do pisma procesowego - zestawienie historii korespondencji wykonawcy Larkbud z powiatem Łask za okres od zawarcia umowy w dniu 29.05.2017 roku do 26.10.2017 roku pismo – przekazanie kosztorysów powykonawczych obejmujące łącznie 29 pozycji (wykaz obejmuje m.in. informacje o piśmie z dnia 06.09.2017 którym powiat Łask odstępuje od umowy powołując się na opóźnienie wykonawcy tak dalekie, że nie jest prawdopodobne, iż zdoła wykonać wszystkie roboty budowlane w terminie wyznaczonym na realizację to jest 15.09.2017 roku oraz pismo z 18.09.2017 roku wykonawcy Larkbud odstąpienie od umowy – uporczywe uchylanie się od przekazania wykonawcy kompletnej, pozbawionej błędów i nieścisłości dokumentacji projektowej).

Izba nie przyjęła w poczet materiału dowodowego załączonych do pisma procesowego Larkbud referencji stwierdzających ich nieprzydatność do rozstrzygnięcia zawisłego sporu i przedłużających zbędnie postępowanie dowodowe z przywołaniem art.190 ust.6 ustawy Pzp.

Na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów z pozwu złożonego do Sądu Okręgowego w Łodzi jak i dokumentów załączonych do tegoż pozwu z dnia 1 lutego 2019 roku przez przystępującego Larkbud poświadczonych na kartach od 1 do 190 przez radcę prawnego na podstawie art. 6 ust.3 ustawy o radcach prawnych poświadczenie zgodności dokumentów z okazanym oryginałem przez radcę prawnego Panią M. U. Izba ustaliła.

Pismem z dnia 11 lutego 2019 roku Larkbud sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi przedstawił stanowisko uczestnika w niniejszej sprawie na poparcie zgłoszonego w przystąpieniu wniosku o oddalenie odwołania złożonego jako bezzasadnego w całości. Dowody złożone przez przystępującego mają wskazywać na inne okoliczności mające miejsce przy realizacji zamówienia przebudowy drogi na rzecz powiatu Łask niż to wskazywał zarówno w piśmie z 6 grudnia 2018 roku jak i w odwołaniu odwołujący.

Pominąwszy argumentację formalną i prawną przystępującego Larkbud, w piśmie procesowym z dnia 11 lutego 2019r. co do podniesionych zarzutów odwołania, ma to pismo przede wszystkim znaczenie w związku z przywołanymi dowodami w sprawie. Argumentacja formalna i prawna w tym piśmie odnosi się do zarzutów odwołania, w którym na jedno zdarzenie odwołujący przywołał cztery kategorie przepisów prawa wskazujących na obligatoryjne (art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp) czy też fakultatywne (art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp) powody do wykluczenia z postępowania przystępującego. Natomiast zgłoszone w tym piśmie wnioski dowodowe i przedstawione na ich poparcie dokumenty służą argumentacji na wskazanie bezprzedmiotowości zarzutów odwołania co do nieprawidłowego wykonania wcześniejszej umowy na rzecz powiatu Łask przez wykonawcę Larkbud.

W związku z przedstawionymi dowodami wyłania się inna rzeczywistość jeżeli chodzi o współpracę przy wykonywaniu zamówienia na rzecz powiatu Łask przez przystępującego Larkbud, niż rzeczywistość przedstawiona zarówno w odwołaniu jak i dowodach złożonych na rozprawie przez odwołującego.

Rzeczywistość prezentowana na podstawie dokumentacji dostarczonej zamawiającemu przez odwołującego za pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. wskazująca na dopuszczenie się zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przez Larkbud mogła wprowadzić zamawiającego w błąd w związku z oświadczeniem Larkbud w JEDZ (NIE). Przede wszystkim z tego powodu, że dokumenty złożone przez odwołującego pochodziły od jednej strony to jest powiatu Łask, nie przedstawiały stanowiska wykonawcy Larkbud w związku z realizacją umowy nr OR.273.2.4.2017. Przystępujący Larkbud wskazał na złożony stan faktyczny w wyjaśnieniach z dnia 3 stycznia 2019 r. przedstawiając zamawiającemu skomplikowanie sprawy w związku z realizacją w.w. umowy nr OR.273.2.4.2017. Złożone wyjaśnienia przez przystępującego miały prawo stanowić dla zamawiającego podstawę co najmniej do powzięcia wątpliwości, że okoliczności odstąpienia od umowy nie leżą w sposób oczywisty tylko po stronie wykonawcy Larkbud ale również po stronie zamawiającego powiatu Łask.

W związku z tym nie można odmówić wykonawcy prawa do wypełnienia formularza JEDZ jak to uczynił przystępujący, który rubrykę informacji o wykonaniu wcześniejszej umowy, mimo odstąpienia od umowy przez zamawiającego, wypełnił wpisując „NIE” skoro uważa, że nie miały miejsca jakiegokolwiek zawinione przez niego nieprawidłowości w wykonywaniu umowy.

Słuszne jest stanowisko zamawiającego prezentowane w odpowiedzi na odwołanie, że kwalifikacji zachowania wykonawcy, który podlega wykluczeniu dokonuje sam zamawiający, na którym spoczywa ciężar dowodu a nie tylko uprawdopodobnienia winy wykonawcy. Jakiegokolwiek wątpliwości w udowodnieniu winy wykonawcy przemawiają na jego korzyść i uniemożliwiają jego wykluczenie z postępowania, poza sytuacją gdy sam wykonawca przyzna, że po jego stronie leży przyczynienie się do wadliwości wykonania zamówienia. Przy czym przy kwalifikacji zachowania wykonawcy należy mieć na uwadze elementy definicji tego zachowania opisanych w poszczególnych dyspozycjach przepisów.

Pomiędzy stronami i przystępującym bezspornie ustalono, że przystępujący zawarł z powiatem Łask w dniu 19 maja 2017 r. umowę na wykonanie przebudowy drogi powiatowej nr 2301E o numerze postępowania OR.273.2.4.2017 a jej należyte wykonanie było zabezpieczone gwarancją wystawioną przez TUiR Warta S.A. Gwaranta do kwoty 10% wartości wynagrodzenia z umowy.

Powiat Łaski złożył oświadczenie w przedmiocie odstąpienia od umowy w dniu 06.09.2017 r., a w dniu 13.10.2017 r. wystąpił do Gwaranta (TUiR Warta S.A.) z wezwaniem do wypłaty z gwarancji na pełną kwotę. Gwarant uznał roszczenie powiatu Łaskiego.

Następnie Gwarant wystąpił do uczestnika z wezwaniem do zwrotu kwoty wypłaconej powiatowi Łaskiemu z gwarancji i uczestnik zapłacił żadaną kwotę Gwarantowi.

Natomiast na rozprawie przystępujący Larkbud udowodnił, że dochodzi zwrotu kwoty wypłaconej powiatowi Łaskiemu w ramach gwarancji. Przystępujący wezwał powiat Łaski do zapłaty kwoty poniesionej szkody, powiat Łaski nie dokonał zapłaty. W związku z tym przystępujący wniósł pozew do Sądu Okręgowego w Łodzi pozew o zapłatę i o ustalenie.

Na dowód załączono odpis pozwu złożonego w Sądzie Okręgowym w Łodzi jako załącznik nr 3 do pisma procesowego z 11 lutego 2019 roku.

W ramach realizacji umowy przystępujący wykonał część prac stanowiących przedmiot umowy, wycenił je zgodnie z zasadami opisanymi w umowie a co zostało nawet zaakceptowane przez Powiat Łaski, po czym zafakturowane. Jako dowód załączniki do pozwu karty 42-93 załącznika nr 3

Współpraca między przystępującym Larkbud i powiatem Łask w realizacji umowy OR.273.2.4.2017 nie układała się prawidłowo. Umowa została zawarta w formule „wybuduj”- dokumentację projektową dostarczył zamawiający. W ocenie przystępującego dokumentacja projektowa była wadliwa, bowiem zawierała nieprawidłowości, które uniemożliwiały realizację przedmiotu umowy zgodnie z tą dokumentacją. Ponadto, w toku wykonywania prac wychodziły na jaw okoliczności, których przystępujący nie był w stanie przewidzieć a tym samym wycenić na etapie składania oferty, które również wpływały negatywnie na możliwość prowadzenia robót. O wszelkich dostrzeżonych nieprawidłowościach oraz ujawnionych przeszkodach przystępujący natychmiast informował powiat Łaski, a w tym:

- a) o złym stanie nawierzchni asfaltowej, która ma pełnić rolę podbudowy zasadniczej i prawdopodobnym braku wymaganej nośności - pismem z dnia 29.05.2017 r.;
- b) o braku możliwości podłączenia projektowanego wpustu Wp 22 do istniejącego kanału deszczowego z rur żelbetowych DN 900 mm z uwagi na bardzo zły stan techniczny kanału, o jego zamuleniu i zanieczyszczeniu oraz zagrożeniu dla pracujących pracowników budowlanych, pojazdów i przechodniów, a w związku z tym konieczności wstrzymania w tym miejscu robót drogowych - pismem z dnia 14.07.2017r.;
- c) o odmiennej rzędnej istniejącego kanału od rzędnej wskazanej w dokumentacji projektowej (166,03 projektowa, 166,34 faktyczna) i braku możliwości wykonania prac zgodnie z dokumentacją projektową z uwagi na brak możliwości zachowania minimalnych spadków wymaganych dokumentacją projektową, normami i sztuką budowlaną - pismem z dnia 24.07.2017 r.;
- d) o ujawnieniu licznych spękań kanału fi1000 mogących skutkować zawaleniem podczas realizacji prac lub eksploatacji i braku możliwości prowadzenia prac związanych z wykonaniem odwodnienia oraz drogowych - pismem z dnia 31.07.2017 r.;
- e) o kolizji drzew z projektowaną drogą na odc. 0+00 do 0+300 /drzewa w konstrukcji drogi/ i braku możliwości wykonania prac zgodnie z dokumentacją projektową - pismem z dnia 03.08.2017 r.;
- f) o węższej średnicy kanału w węźle W2 niż przewidziana w dokumentacji i braku możliwości prawidłowego wykonania prac - pismem z dnia 09.08.2017 r.;
- g) o kolizji części istniejących słupów technicznej infrastruktury naziemnej z projektowanymi elementami jezdni drogi i braku możliwości wykonania prac zgodnie z umową oraz konieczności wstrzymania robót w tej części - pismem z dnia 17.08.2017 r.;
- h) o kolizji kabli teletechnicznych z kanalizacją na odc. 57-58 i braku możliwości prawidłowego wykonania robót zgodnie z dokumentacją projektową, a w związku z tym o konieczności wstrzymania robót w tej części - pismem z dnia 18.08.2017 r.;
- i) o zapadnięciu kanału fi400 i potrzebie jego remontu (z uwagi na groźbę zapadnięcia drogi podczas prac lub eksploatacji), a także o braku odpowiedzi na pytanie, czy kanał ten należy łączyć z nowo budowanym rowem bytowym oraz braku możliwości prawidłowego wykonania robót zgodnie z dokumentacją projektową i konieczności wstrzymania robót w tej części - pismem z dnia 28.08.2017 r.;
- j) o kolizji słupów z konstrukcją drogi i zgłoszeniu wniosku o dokumentację projektową na przebudowę słupa w km 0+097 oraz słupa w km 0+907 - pismem z dnia 30.08.2017 r.;
- k) o kolizji kabli z nowo budowaną kanalizacją i zgłoszeniu prośby o kompleksowe rozwiązanie projektowe umożliwiające kontynuowanie prac oraz wprowadzenie stosownych zmian do umowy - pismem z dnia 01.09.2017 r.;
- l) o błędach dokumentacji projektowej i zgłoszeniu wniosku o przekazanie kompletnej dokumentacji zamienną lub zmienioną — kolejnym pismem z dnia 01.09.2017 r.;
- m) o niezgodnych z przepisami hydrantach ppoż. - pismem z dnia 04.09.2017 r,

Zdarzały się sytuacje, kiedy uczestnik kilkakrotnie zwracał się do powiatu Łaskiego o przedstawienie rozwiązań:

- p.ponowna prośby o rozwiązanie projektowe dot. DN 500 na DN 600 do 23.08.2017 - prośba o info dot. kanału DN400 - pismem z dnia 21.08.2017 r.;
- q.kolejna prośba o odpowiedź na pytania z pisma z dnia 21.08.2017 - pismem z dnia 24.08.2017 r.

Dowód: zestawienie korespondencji — załącznik nr 2 załącznik do pozwu karty 97-124 załącznika nr 3:

Powiat Łaski nie przekazywał Uczestnikowi rozwiązań zamiennych lub zmienionych. Nie reagował też na zgłaszane przez uczestnika nieprawidłowości niezwłocznie. Powiat Łaski sam przyznał, że zmienioną dokumentację projektową próbował wykonawcy Larkbud doręczyć od dnia 31.08.2017 r.

Dowód: załączniki do pozwu — karty 151-152 i 31-34 załącznika nr 3:

W tej sytuacji uczestnik wystąpił do powiatu Łaskiego o udzielenie gwarancji zapłaty w trybie 649¹ § 1 kc. Jednak Powiat ogłosił stosowne postępowanie przetargowe w tym zakresie dopiero w dniu 30.08.2017 r., wskazując w nim jakiej gwarancji oczekuje. Uczestnik w tym samym dniu wystosował do powiatu Łaskiego pismo zawierające zastrzeżenia co do treści ww. ogłoszenia i żądanej gwarancji.

Dowód: załączniki do pozwu karty 153-155 załącznika nr 3

W przetargu na uzyskanie gwarancji zapłaty powiat Łaski otrzymał tylko jedną ofertę i unieważnił w efekcie postępowanie wobec odstąpienia od umowy z Uczestnikiem.

Dowód: załączniki do pozwu - karty 156-176 załącznika nr 3

Zaraz po rozpisaniu przetargu na otrzymanie gwarancji zapłaty powiat Łaski złożył uczestnikowi oświadczenie w przedmiocie odstąpienia od umowy.

W ocenie uczestnika złożone przez powiat Łaski oświadczenie o odstąpieniu od umowy nie wywołało skutków prawnych. Jednak wobec utrzymującego się braku współdziałania w ramach wykonywania umowy uczestnik nie widział możliwości kontynuowania współpracy i odstąpił od umowy własnym oświadczeniem z dnia 18.09.2017 r. W tym samym piśmie wezwał również powiat Łaski do rozliczenia za prace wykonane.

Dowód: załączniki do pozwu - karty 188-189 załącznika nr 3

Wówczas powiat Łaski rozpiął drugi przetarg na wyłonienie kolejnego wykonawcy, który miał skończyć wykonywanie prac składających się przedmiot umowy, których nie wykonał przystępujący.

Dowód: dokumentacja dot. ogłoszenia i rozstrzygnięcia przetargu na wyłonienie wykonawcy robót po odstąpieniu od Umowy: <http://lask.bip.net.pl/?c-555>;

Drugiemu wykonawcy (którym był odwołujący) przekazano zmienioną dokumentację projektową w stosunku do dokumentacji załączonej do umowy.

b) Kwestie prawne dot. wykonywania umowy nr OR.273.2.4.2017

Według twierdzenia przystępującego powiat Łaski nie był uprawniony do złożenia oświadczenia w przedmiocie odstąpienia od umowy, bowiem nie istniały ku temu powody ani wskazane w § 9 ust. 4 umowy, ani opisane w przepisie art. 635 kc. Złożone oświadczenie było zatem bezskuteczne.

Postępowanie przetargowe w przedmiocie uzyskania gwarancji zapłaty Powiat Łaski unieważnił w dniu 22.09.2017 r. (<http://lask.bip.net.pl/?a-7018>).

Według przystępującego fakt konieczności wprowadzenia zmian do dokumentacji projektowej potwierdza okoliczność, że zostały one uwzględnione w drugim postępowaniu przetargowym rozpisany po odstąpieniu od umowy.

Co ostatecznie według przystępującego miało wystarczające uzasadnienie do odstąpienia od umowy nr OR.273.2.4.2017 z powodów, za które odpowiedzialność ponosił Powiat Łaski, a nie odwrotnie.

Z kolei stanowisko odwołującego, zarówno w odwołaniu jak i w piśmie procesowym z dnia 04.02.2019 r. złożonym na rozprawie wraz z załączonymi do niego dowodami w postaci dokumentacji obydwu przetargów na drogę w Sędziejowicach, jak i oświadczeniami projektantów odpowiedzialnych za dokumentację budowlaną jak i wykonawczą również powiatowego inspektora nadzoru budowlanego (PINB), sprowadza się do twierdzenia przeciwnego jak zamawiającego i przystępującego Larkbud. Owszem były konieczne zmiany w dokumentacji technicznej ale nie miały one charakteru zasadniczego, istotnego, były natychmiast wykonywane i przede wszystkim nie stanowiły podstawy do wstrzymania robót budowlanych a w konsekwencji do opóźnienia w wykonaniu robót i odstąpienia od umowy, gdzie wcześniej odstąpienia dokonał zamawiający powiat Łaski.

Odwołujący składając na posiedzeniu dowody uzasadniał celowość ich przeprowadzenia z uwagi na porównanie zakresu robót, które były przedmiotem pierwszego i drugiego przetargu prowadzonego przez powiat Łaski. Również na okoliczność, że zmiany w dokumentacji są zmianami, które zostały uwzględnione w dokumentacji projektowej użytej do realizacji przetargu nr 2 a charakter tych zmian, według oświadczenia PINB, wskazuje na nieistotność zmian. Zmiany te były w dokumentacji wykonawczej i nie wymagały zmiany projektu budowlanego z czym ewentualnie wiązałyby się konieczność wydania nowego pozwolenia na budowę. Między innymi dnia 26.01.2018 roku PINB złożył oświadczenie, które powyższe potwierdza, a jednocześnie oświadcza w nim, że był brak podstaw do wstrzymania robót budowlanych w

przetargu nr 1. Niniejsze pismo PINB było załatwieniem skargi złożonej przez Larkbud do wojewódzkiego inspektora nadzoru budowlanego (WINB). Złożone dowody przez odwołującego, mają potwierdzać: prawidłowość dokumentacji projektowej, która została przedłożona wykonawcy Larkub w 1 przetargu, skuteczne odstąpienie od umowy przez powiat Łask dnia 07.09. 2017r. wobec późniejszego oświadczenia o odstąpieniu od umowy wykonawcy Larkub (dnia 18.09.2017 roku) a termin wykonania robót to 15.09.2017r. gdzie podpisanie umowy nastąpiło dnia 19.05.2017 roku na przebudowę drogi.

Przy czym kierownik budowy odwołującego na rozprawie oświadczył, że przygotowywał ofertę na przetarg nr 1 dla powiatu Łask. Przedmiotem była przebudowa drogi powiatowej na długości 2,8 w miejscowości Sędziejowice. Przedmiotem było położenie nowej nawierzchni jezdni wraz z nową nawierzchnią chodnika po obu stronach, zjazdu do posesji z uwzględnieniem infrastruktury technicznej istniejącej, znajdującej się w obrębie pasa drogowego tj. sieci WODKAN, kanalizacji deszczowej i sieci elektroenergetyczna w tym zabezpieczenie istniejących przewodów. Budowa była podzielona na 3 etapy, przystępujący Larkbud miał wykonać wszystkie etapy.

Zamawiający odnosząc się do dowodów w szczególności, co do dokumentu projektu budowlanego stwierdził, że nie jest to dowód przydatny do rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu, chociażby z uwagi na specyfikę techniczną tych dokumentów, których ocena nie pozostaje w granicach kompetencji zarówno stron jak i Izby. Jeżeli chodzi o załączone dokumenty na okoliczność 2 przetargu organizowanego przez powiat Łask to porównując to z czasem przeznaczonym na realizację 2 umowy to wynosił on 2 miesiące a wskutek zawartych 5 aneksów, kontynuowana była uwzględniając protokół odbioru dnia 30.07.2018 roku czyli okres 2 miesięcy został przedłużony do 9 miesięcy. Zwraca uwagę, że termin w 1 przetargu był wyznaczony na 4 miesiące. Z powyższego wynika, że również kolejny wykonawca miał problem z realizacją umowy w terminie wyznaczonym na podstawie otrzymanej dokumentacji projektowej (zamiast 2 miesięcy wykonywał robotę 9 miesięcy).

Zamawiający odnosząc się do stanowiska odwołującego również stwierdził „Jeżeli chodzi o powody przedłużania umów to nieznane są okoliczności faktyczne, natomiast strony odwołują się od umowy pierwotnej 2 przetargu w szczególności do § 6 umowy. Uważa również, że ocena projektów wykonawczych dokumentacji wykonawczej na zasadzie porównania dokumentacji z 1 przetargu z dokumentacją z 2 przetargu należy do sfery wiadomości specjalnych. Uważam również, że wiadomości specjalne wymagane są do oceny, czy dokumentacja w 1 przetargu została sporządzona prawidłowo zgodnie ze sztuką. Nadmieniam również, że w protokole odbioru końcowego 2 przetargu z 30.07.18 mowa jest o nawet 6 aneksach do umowy z listopada”(…). Zamawiający podkreśla trudność w jakiej znajduje się w związku z regulacją ustawową, gdzie obciąża się go do roli arbitra w sporze, między w tym przypadku Odwołującym Larkbud, gdzie przedstawione dowody budzą szereg wątpliwości, a Zamawiający obciążony jest ciężarem dowodowym w rozstrzygnięciu, wykazaniu wykonawcy wybranemu ponoszenia odpowiedzialności za odstąpienie od umowy przez innego Zamawiającego. W związku z przedstawionymi dzisiaj dalszymi dowodami przez Przystępującego uważam, że nadal istnieją wątpliwości, co do skuteczności rozstrzygnięcia przez powiat Łask, to jest skuteczne odstąpienie, co aktualnie znalazło swój odzew w skierowaniu pozwu przeciwko temu Zamawiającemu”.

Z kolei przystępujący popierając stanowisko zamawiającego, na rozprawie wyjaśnił „Uzupełniając tylko kwestie w zakresie 6 aneksów, 6 aneks wynika z protokołu odbioru 30.07.18 roku i dotyczy robót dodatkowych dotyczy aneks nr 4. Generalnie w każdym z aneksów przywołuje się § 6 ust. 4 pkt f i g umowy, które zezwalają na zmianę. Dotyczące zmiany terminu wykonania umowy w sytuacjach warunków atmosferycznych pkt 4 i okoliczności. Podkreślam, że kiedy my realizowaliśmy umowę też występowały dolegliwe warunki atmosferyczne zmuszające nas do powtarzania robót. Uzupełniając w związku z przywołanym pismem PINB w Łasku 26.01.18. Odpowiadając na naszą skargę, że faktycznie stwierdza się w nim, że nie miały miejsca istotne zmiany w zakresie dokumentacji projektowej, ale nie stwierdza się w tym piśmie, że nie było podstaw do wstrzymania robót przez Larkbud, tj. przetarg 1. Wnoszę o uwzględnienie w poczet materiału dowodowego złożonego przez Odwołującego pisma 09.08.17 pracowania projektowania Tomex do Zarządu Dróg w Łasku, gdzie projektant przyznaje, że na etapie realizacji roboty, okazało się, iż kanał - o FI 1000 mm okazał się w bardzo złym stanie, a jest to dowód to, że nie mogliśmy wykonać wpustów, które mieliśmy zrobić do tego kanału. Zaznacza, że przedmiotem zamówienia w przetargu 1 były tylko wypusty do kanalizacji deszczowej, a projekt Tomex przyznaje, że jest konieczność ułożenia nowego kanału o długości 81 metrów”.

Podsumowując Izba w zaistniałym stanie rzeczy, oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy zarówno z dokumentacji postępowania przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego i przeprowadzonego z niej postępowania dowodowego na rozprawie jak i dowodów złożonych przez odwołującego i przystępującego w trakcie rozprawy nie stwierdza w żadnym przypadku naruszenia przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu to jest art.24 ust.1 pkt 16 jak i pkt 17 oraz art.24 ust.5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Przede wszystkim Izba stwierdza, że zamawiający dokonując w dniu 15.01.2019r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego Larkbud w świetle posiadanych dokumentów takich jak: pisma odwołującego z dnia 06.12.2018 r. skierowanego do zamawiającego (segregator II karty od 664 do 699); pisma zamawiającego z dnia 13.12.2019 r. do Powiatu Łask (segregator II karty od 711-712), pisma Starostwa Powiatowego w Łasku z dnia 17.12.2018 r. skierowanego do zamawiającego (segregator II karta 718), pisma zamawiającego z dnia 20.12.2019 roku skierowanego do wykonawcy Łarkbud (segregator II karty od 733 do 735) oraz pisma wykonawcy Larkbud z dnia 3 stycznia 2019 roku skierowanego do zamawiającego (segregator II karty od 763 do 777) prawidłowo ocenił ofertę wykonawcy Larkbud co do wypełnienia formularza JEDZ w części III pkt C (str.13) co do co do rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji itp. wskazując odpowiedź „NIE”.

Powyższą prawidłowość potwierdziły przeprowadzone dowody z dokumentów przedstawionych na rozprawie załączonych do pism procesowych odwołującego z dnia 4 lutego 2019 roku jak i przystępującego z dnia 11 lutego 2019 roku.

Reasumując odwołujący nie udowodnił, że odstąpienie od umowy w dniu 5 września 2017 roku przez powiat Łask nastąpiło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy Larkbud/przystępującego po stronie zamawiającego, co w konsekwencji skutkuje brakiem obowiązku samooczyszczenia z art.24 ust.8 i 9 ustawy Pzp po stronie wykonawcy Larkbud.

Bowiem przystępujący udowodnił, że informował zamawiającego o nieprawidłowościach w dokumentacji projektowej oraz o przeszkodach w terenie to jest kolizjach posadowienia drzew z przebiegiem pasa drogowego jak i urządzeń infrastruktury w związku z jej lokalizacją jak i jej stanu wymagających remontu czy też nawet wymiany, z powodu zagrożenia dla ekip wykonawcy jak i użytkowników to jest pieszych i zmotoryzowanych. W ocenie przystępującego zaistniały stan rzeczy zmusił jego również do odstąpienia od umowy, zwłaszcza w sytuacji gdy zamawiający zaprzestał współpracy i odstąpił od umowy uznając, że przyczynił się do tego przystępujący.

Owszem odwołujący wykazywał, że zmianie nie uległ projekt budowlany a jedynie projekty wykonawcze, co oceniał jako nieistotne zmiany, według tabeli zawartej w odwołaniu, posługując się przy tym opiniami projektantów czy PINB, które to zmiany nie wymuszają zmiany projektu budowlanego stanowiącego podstawę wydania pozwolenia na budowę. W ocenie Izby powyższe nie oznacza, że wykonawca posługując się przede wszystkim dokumentacją wykonawczą a nie budowlaną, która służy do wydania pozwolenia na budowę, nie ma prawa wstrzymać prac na budowie jako ich organizator w związku z nieprawidłowościami występującymi w dokumentacji wykonawczej.

Istotnym w ocenie Izby dla rozstrzygnięcia tych kontrowersji na tle znaczenia dla wykonawcy dokumentacji technicznej jest okoliczność, że postępowanie prowadzone przez powiat Łask było w systemie „buduj” a nie „zaprojektuj i buduj”, czyli odpowiedzialnym za prawidłową i kompletną dokumentację jest zamawiający a nie wykonawca. W związku z tym wszelkie konsekwencje z tytułu nieprawidłowej czy niekompletnej dokumentacji ponosi zamawiający jak również z tytułu przeszkód w terenie to jest kolizji czy to posadowienia drzew z przebiegiem pasa drogowego, czy to infrastruktury czy też stanu urządzeń nie objętych zakresem inwestycji ale przewidzianych do podłączeń systemowych. Z uwagi na powyższe Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania w związku z dyspozycją art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego. Zamawiający nie złożył wniosku kosztowego oraz rachunku na poczet wynagrodzenia pełnomocnika lub kosztów związanych z dojazdem na rozprawę co stanowiłoby podstawę do ich zasądzenia w myśl § 3 pkt 2) ww. Rozporządzenia.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....