Sygn. akt: KIO 1827/19

WYROK

z dnia 3 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Ewa Sikorska

Członkowie:

Aleksandra Patyk

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2019 r. przez wykonawcę Trakcja PRKiI Spółka Akcyjna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym

przez Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych w Warszawie

przy udziale wykonawcy Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pruszkowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art.

87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) poprzez odrzucenie oferty wykonawcy Trakcja PRKiI Spółka Akcyjna w Warszawie z powodu rozbieżności pomiędzy treścią formularza oferty a zobowiązaniem podmiotu trzeciego;

2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Miastu Stołecznemu Warszawa - Zarządowi Miejskich Inwestycji Drogowych w Warszawie - unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Trakcja PRKiI Spółka Akcyjna w Warszawie oraz czynności odrzucenia jego oferty i dokonanie ponownej oceny ofert;

3. Kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa - Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych w Warszawie i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Trakcja PRKiI Spółka Akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Miasta Stołecznego Warszawy - Zarządu Miejskich Inwestycji Drogowych w Warszawie na rzecz wykonawcy Trakcja PRKiI Spółka Akcyjna w Warszawie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.

Sygn. akt: KIO 1827/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową ul. Racławickiej na odc. od ul. Grójeckiej do ul. Sierpińskiego wraz z rozbudową ul. Harfowej oraz przebudową ul. Grójeckiej i kolidującej infrastruktury technicznej w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa skrzyżowania ulic: Grójeckiej, Harfowej, Racławickiej".

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej

dalej ustawą P.z.p.

W dniu 18 września 2019 roku wykonawca Trakcja PRKiL SA w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu:

1) odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na rzekomą zmianę treści złożonej oferty z uwagi na treść wyjaśnień złożonych w odniesieniu do:

- zakresu podwykonawstwa, które wykonać ma Silesia Invest Sp. z o.o. Sp. k.;

- wypełnienia Formularza cenowego w pozycjach 1 i 8;

2) wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na rzekome niewykonanie wcześniejszego zamówienia z przyczyn leżących po stronie odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że na skutek wyjaśnień odwołującego z dnia 30 sierpnia 2019 r. odnoszących się m. in. do rozbieżności pomiędzy treścią formularza oferty, a zobowiązaniem podmiotu trzeciego oraz uzasadniających niewypełnienie pozycji nr 1 i 8 w Formularzu cenowym doszło do zmiany oferty, a w jej konsekwencji zaistnienia stanu niezgodności oferty z ustawą, gdy tymczasem zobowiązanie podmiotu trzeciego nie stanowi elementu oferty, natomiast w odniesieniu do Formularza cenowego odwołujący nie dokonał żadnej zmiany, konsekwentnie wyjaśniając powody, dla których wypełnił Formularz cenowy w określony sposób;

(2) art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 548 Stolno - Wąbrzeźno od km 0+005 do km 29+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 15+146', gdy tymczasem zamawiający nie wykazał, że do rozwiązania umowy doszło z przyczyn leżących po stronie odwołującego, a odwołujący konsekwentnie dowodził, że nie ponosi winy za rozwiązanie tej umowy;

a w konsekwencji powyższego,

(3) art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący, na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p., wniósł o:

(1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Odwołujący, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p., wniósł o:

(2) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z ustawą;

- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;

- dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego;

(3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Zamawiający niesłusznie uznał, że oferta odwołującego zasługuje na odrzucenia, a odwołujący powinien zostać wykluczony z postępowania. Biorąc pod uwagę cenę oferty odwołującego oraz drugie z ocenianych kryteriów, zamówienie powinno zostać udzielone odwołującemu. Na skutek nieprawidłowych działań zamawiającego odwołujący został zatem pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego zobowiązania podmiotu trzeciego (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. odwołujący podniósł, że złożył Formularz oferty (załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, „s.i.w.z."), gdzie w pkt 8 (wywiązując się z zobowiązania określonego w Rozdziale III pkt 8 s.i.w.z.) wskazał części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał firmy tych podwykonawców:

„8. Oświadczamy, że zamówienie zrealizujemy przy udziale Podwykonawców

Podwykonawcom zamierzamy powierzyć część (zakres) zamówienia (o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców):

Tor-Kar-Sson Sp. z o.o. Sp. k. - roboty torowe

Silesia Invest Sp. z o.o. Sp. k. - roboty drogowe

Wszyscy podwykonawcy nie są znani. Zamierzamy podzlecić następujące części zamówienia:

roboty sanitarne, roboty elektryczne, roboty teletechniczne, zieleń"

Odwołujący oświadczył, że podwykonawca Silesia Invest Sp. z o.o. sp. k. był jednocześnie podmiotem trzecim udostępniającym odwołującemu swoje zasoby w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanej inwestycji (zgodnie z lit. a zobowiązania do udostępnienia zasobów, zał. nr 5 do s.i.w.z.):

a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie :

- doświadczenie opisane w referencjach dotyczących wykonanego zadania pn.

„Przebudowa skrzyżowania ul. Wrocławskiej z ul. Reja w Bytomiu"

W rubryce odpowiadającej rodzajowi robót budowlanych, których dotyczą roboty odnoszące się do udostępnianych zasobów wskazano następujący zakres:

d) będę realizował nw. roboty budowlane, których dotyczą udostępniane zasoby odnoszące się do warunków udziału dot. wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, na

których polega Wykonawca:

- przebudowa torowiska tramwajowego

Odwołujący stwierdził, że pismem z dnia 27 sierpnia 2019 r, działając w trybie, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności pomiędzy Formularzem oferty (gdzie Silesia Invest Sp. z o.o. sp. k. wskazana jest jako podwykonawca odpowiedzialny za roboty drogowe), a zobowiązaniem do udzielenia zasobów (gdzie wskazuje roboty torowe).

Odnosząc się do wezwania pismem z dnia 30 sierpnia 2019 r. odwołujący wyjaśnił, że

oświadczenie złożone w Formularzu oferty „niezmiennie pozostaje wiążące i odpowiada faktycznemu zakresowi zamówienia, który zamierzamy podzlecić tej spółce (Silesia Invest Sp.

z o.o. sp. k. - przyp. autor)". Jednocześnie odwołujący dodał, że treść oświadczenia z

zobowiązania obarczone jest omyłką, do odpowiedzi załączono poprawione zobowiązanie

Silesia Invest Sp. z o.o. sp. k. (zgodne z Formularzem oferty).

Pismem z dnia 13 września 2019 r. zamawiający stwierdził, że w związku z powyższym oferta odwołującego zostaje odrzucona. Zdaniem zamawiającego odwołujący dopuścił się bowiem zmiany oferty, co z kolei stanowi naruszenie wyrażonej w art. 87 ust. 1 P.z.p. reguły zakazującej negocjowania ofert. W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego jest błędne.

Odwołujący podkreślił, że kluczowe dla oceny stanowiska zamawiającego jest to, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie stanowi elementu oferty. Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „oferta". Wobec powyższego za zasadne uznać należy poszukiwanie tej definicji na gruncie przepisów prawa cywilnego. Jak wynika z art. 66 § 1 K.c. „oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy". Z przywołanego przepisu jednoznacznie wynika, że do elementów składowych oferty zaliczyć należy te postanowienia przyszłej umowy, którym przypisać można charakter istotny (stanowią zatem jej essentialia negotii). Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych za takowe uznać należy postanowienia, które „decydują o istocie danej umowy, indywidualizują ją pod względem prawnym spośród innych umów". Tytułem przykładu w przypadku klasycznej umowy sprzedaży za essentialia negotii powinny być uznane: określenie przedmiotu umowy oraz ceny, jak stwierdza Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 23 sierpnia 2013 roku.

Odwołujący wskazał, że stanowisko zamawiającego jest tym bardziej błędne, że w s.i.w.z wskazał on zakres dokumentów, które składają się na ofertę wykonawców. Zgodnie z Rozdziałem IX pkt. 3 s.i.w.z. „Ofertę stanowi wypełniony Formularz Oferty - załącznik nr 1 do SIWZ oraz niżej wymienione dokumenty:

1) Kosztorysy ofertowe

2) Formularz cenowy".

Sam zamawiający zdefiniował zatem co rozumie przez pojęcie „oferta". Co więcej, w pkt. 4 tego rozdziału s.i.w.z. zamawiający wskazuje na szereg dokumentów, które powinny zostać złożone wraz z ofertą (a więc niestanowiących oferty). Wśród nich zamawiający wskazał m. in. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, pełnomocnictwo czy właśnie zobowiązanie podmiotu trzeciego. Fakt składania tych dokumentów wraz z ofertą nie stanowi o tym, że stanowią one ofertę (tak jak oferty nie stanowi np. dowód wniesienia wadium, mimo że składany jest również z ofertą). Twierdzenie zatem, że odwołujący dopuścił się zmiany oferty jest nieuzasadnione - dokumenty, które zawierają merytoryczne zobowiązanie wykonawcy do realizacji zamówienia, które sam zamawiający zdefiniował jako oferta, pozostają bowiem niezmienione.

Odwołujący podniósł, że zamawiający najwyraźniej nie chce dostrzec, że rozbieżność, którą zidentyfikował w dokumentach złożonych przez odwołującego wymagała modyfikacji jednego z różniących się ze sobą dokumentów, tj. Formularza oferty lub zobowiązania podmiotu trzeciego. Stanowisko zamawiającego byłoby słuszne, gdyby odwołujący stwierdził, że to w Formularzu oferty jest omyłka. Tego jednak nie uczynił, mając świadomość niezmienialności oferty oraz podkreślając, że to właśnie to oświadczenie odpowiada jego rzeczywistym intencjom. Odwołujący stwierdził, że skoro zamawiający oczekiwał wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy dwoma dokumentami, a obie, wskazane powyżej, możliwości uznaje za ingerencję w treść oferty, to jaka odpowiedź odwołującego uznana by być mogła za satysfakcjonującą? Wydaje się zatem, że skoro nie istnieje, w opinii zamawiającego, możliwość sanowania zaistniałej rozbieżności, to procedura wyjaśnień ma charakter pozorny.

Odwołujący wskazał, że zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi dokument umożliwiający instytucji zamawiającej ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonuje wstępnej oceny spełniania warunków w oparciu o JEDZ, już wtedy musi zatem wiedzieć czy wykonawca spełnia warunki samodzielnie, czy też korzysta z potencjału innych podmiotów (ma to bowiem wpływ chociażby na zakres wymaganych dokumentów - podmiot trzeci składa, bowiem dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia). To właśnie z tej przyczyny wraz z ofertą składa się zobowiązanie o udostępnieniu potencjału, nie stanowi ono jednak treści oferty.

W ocenie odwołującego, stanowisko zamawiającego jest błędne również innego powodu. Otóż ustawa P.z.p. przewiduje procedurę, w której zdolności wskazanego przez wykonawcę podmiotu trzeciego zostaną uznane przez zamawiającego za niepotwierdzające

spełnienia warunków lub w której zamawiający uzna, że wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy do wykluczenia. W takim przypadku, zgodnie z art. 22a ust. 6 P.z.p., wykonawca może zastąpić ten podmiot innym podmiotem trzecim lub podmiotami (lub zobowiązać się do osobistego wykonania zamówienia). Gdyby pogląd zamawiającego był słuszny, to zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim stanowiłoby niedopuszczalną zmianę treści oferty. Tymczasem procedura ta jest wprost przewidziana w treści P.z.p.

Odwołujący stwierdził, że nie dopuścił się zmiany treści oferty, a zaistniała sytuacja powinna zostać oceniona na gruncie art. 22a ust. 6 P.z.p.. To właśnie w ramach opisanej tam procedury zamawiający ma prawo zakwestionować merytoryczną wartość złożonego oświadczenia. Abstrahując jednak od tego, że zdolności Silesia Invest Sp. z o.o. sp. k. pozwalają uznać, że warunek został spełniony i nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy do wykluczenia, kluczowe jest, że zamawiający nie miał podstaw do zastosowania względem oferty odwołującego sankcji w postaci odrzucenia oferty. Jest to sankcja najdalej idąca i jako taka powinna być stosowana w zgodzie z przesłankami, o których mowa w art. 89 ust. 1 ustawy

P.z.p., niedopuszczalna jest natomiast na tym polu jakakolwiek swoboda interpretacyjna instytucji zamawiających. Z taką sytuacją mamy natomiast do czynienia w postępowaniu.

W ocenie odwołującego, w zupełnym oderwaniu od stanu faktycznego zaistniałego w niniejszej sprawie pozostaje przywołany przez zamawiającego wyrok z dnia 14 października 2014 r. (sygn. KIO 2012/14). Zamawiający nie chce dostrzec, że w sprawie omawianej w wyroku, na skutek odpowiedzi udzielonej zamawiającemu, wykonawca dokonał faktycznej zmiany treści oferty. Pierwotnie w ofercie wskazał bowiem, że nie będzie korzystał z podwykonawców, w wyjaśnieniach przyznał, że jednak zamierza powierzyć im część prac. Wyrok ten pozostaje zatem bez związku z sytuacją zaistniałą w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dot. formularza cenowy (zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.), odwołujący podniósł, że zgodnie z żądaniem zamawiającego wyrażonym w Rozdziale IX pkt 3 s.i.w.z. wykonawcy zobligowani byli do złożenia Formularza cenowego. Rozdział XIV s.i.w.z. określa natomiast sposób obliczenia ceny i wskazuje (w pkt 1), że cena oferty powinna zostać wyliczona „w formularzu kosztorysu do oferty stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ". Zamawiający opublikował Formularz cenowy, wymieniając w nim następujące pozycje:

1. Wymagania ogólne;
2. Roboty torowe;
3. Roboty drogowe;
4. Roboty sanitarne;
5. Roboty elektryczne;
6. Roboty teletechniczne (budowa kanalizacji i kabla koordynującego);
7. Zieleń;
8. Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Do każdej z pozycji przypisać należało określoną cenę netto.

17. Zamawiający opublikował również (w pliku Materiały Przetargowe) szczegółowe kosztorysy dla następujących pozycji (nomenklatura zgodna z nazwami plików udostępnionych przez zamawiającego):

1. Drogi;
2. Elektryka;
3. Sanitarne;

4. Teletechnika;

5. Tory;

6. Zieleń.

Jak widać zamawiający opublikował szczegółowe kosztorysy dla wszystkich wyodrębnionych

w Formularzu cenowym branż, z wyjątkiem wymagań ogólnych (1) oraz uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (8).

Do oferty Odwołujący załączył Formularz cenowy wypełniony w następujący sposób:

4>*	Roboty budowlane [Inne elementy	Cena bez VAT
	Wymagania ogólne	-
2.	Roboty drogowe	3 900 043,36
3.	Roboty torowe	1 369 734,63
4.	Roboty sanitarne	812 121,67(
5.	Roboty elektryczne	844 167,72 402 119,48 1 059 417,93
6.	Roboty teletechniczne (budowa kanalizacji i kabla koordynującego)	322 497,49
7.	Zieleń	180 843,77
8.	Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie	-
Cena ogółem (suma pozycji 1 - 8);		8 890 946,05 w j

W wezwaniu zamawiający zwrócił się do odwołującego z pytaniami o to (1) czy cena ofertowa uwzględnia pozycje nr 1 i 8, (2) jakie wartości należy przypisać do tych pozycji oraz (3) gdzie zostały ujęte koszty pozycji nr 1 i 8.

W odpowiedzi 1 odwołujący wyjaśnił, że:

a) zaoferowana cena zawiera koszty wymagań ogólnych oraz uzyskania decyzji o

pozwoleniu na użytkowanie;

b) pozycje 1 i 8 Formularza cenowego nie zostały wycenione (wartości tych pozycji wynoszą 0 zł);

c) koszty związane z pozycjami 1 i 8 zostały ujęte w wycenie w ramach pozostałych

pozycji.

Odwołujący wskazał również, że takie wypełnienie Formularza cenowego odpowiada wymogom wynikającym z s.i.w.z., gdyż w rozdziale XIV pkt 3 zamawiający wskazał, że wartości wpisywane do Formularza cenowego mają być konsekwencją wyliczenia ich w poszczególnych kosztorysach. Skoro zatem brak jest kosztorysów dla Wymagań ogólnych oraz Uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, to koszty tych pozycji musiały zostać uwzględnione w pozostałych kosztorysach. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że wpisanie do pozycji nr 1 i 8 jakichkolwiek wartości rodziłoby daleko idące problemy na etapie rozliczenia kontraktu.

Pismem z dnia 13 września 2019 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty, gdyż, jak stwierdził, składając wyjaśnienia o powyższej treści odwołujący dopuścić się miał zmiany oferty (co miało wynikać z przypisania pozycjom nr 1 i 8 wartości 0 zł).

Odwołujący podkreślił, że uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty

zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do prezentowanej przez odwołującego argumentacji, zgodnie z którą wypełnienie Formularza cenowego było konsekwencją treści s.i.w.z. oraz dokumentów, jakie zamawiający opublikował. Stanowczego podkreślenia wymaga, że:

a) Zamawiający wymagał wypełnienia Formularza cenowego w oparciu o kosztorysy (Rozdział XIV pkt 3 s.i.w.z.);

b) dla pozycji nr 1 i 8 formularza cenowego Zamawiający nie opublikował kosztorysów.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego, zasadne staje się pytanie o sposób, w jaki wykonawca miał wyliczyć wartość pozycji nr 1 i 8. Tę okoliczność w swoim lakonicznym uzasadnieniu zamawiający pomija. Biorąc pod uwagę wymogi s.i.w.z. oraz zawartość kosztorysów odwołujący ujął koszty pozycji nr 1 i 8 pozostałych kosztorysach, co było jedyną prawidłową formułą wypełnienie Formularza cenowego.

Odwołujący podkreślił, że obie analizowane pozycje (Wymagania ogólne oraz Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie) mają specyficzny charakter względem pozostałych pozycji Formularza cenowego. Pozostałe pozycje zawierają szereg prac czy kosztów podlegających wycenie w oparciu np. o koszty materiałów czy robocizny. W tym przypadku natomiast wymagań ogólnych sytuacja jest odmienna. Mamy tu bowiem do czynienia z sytuacją, w której w zakres tych pozycji wchodzi szereg elementów trudno wycenialnych i zawsze powiązanych z konkretnymi pozycjami kosztorysów zawierających wycenę określonych robót. Do wymagań ogólnych zaliczyć bowiem należy np. koszty zarządzania budową, utrzymania biura budowy, zaplecza socjalnego, zabezpieczenia budowy. Częstą praktyką jest więc ujmowanie tego typu kosztów w kosztorysach obejmujących wycenę robót. Podobnie wygląda sytuacja z pozycją nr 8 (Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie). Również w tym przypadku nie mamy do czynienia z materialnym, poddającym się wycenie, zakresem prąc czy robót.

Odwołujący podkreślił, że znamienne jest dla niniejszej sprawy, że stanowisko zamawiającego jest mocno niekonsekwentne. Z jednej bowiem strony wymaga wypełnienia pozycji nr 1 i 8 Formularza cenowego pewnymi wartościami, a z drugiej żąda, aby były one konsekwencją wyliczeń opartych na kosztorysach. Tylko że kosztorysów dla tych pozycji nie załącza (w odróżnieniu od sześciu innych pozycji Formularza cenowego). Wyjaśnienia tej niekonsekwencji nie sposób szukać ani w treści s.i.w.z., ani w późniejszych pismach zamawiającego. Do chwili obecnej zamawiający nie wyjaśnił, jak należy wypełnić Formularz w pozycjach nr 1 i 8, nie wypełniając uprzednio kosztorysów. Na marginesie odwołujący podkreślił, że brak szczegółowych kosztorysów dla pozycji nr 1 i 8 nie jest dla odwołującego zaskoczeniem, niezrozumiałe jest jedynie wyciąganie drastycznych konsekwencji wobec wykonawców, którzy temu brakowi musieli zaradzić.

W treści odpowiedzi odwołujący wskazywał dodatkowo na problemy z rozliczeniem kontraktu w przypadku wypełnienia Formularza cenowego pozycjami niewynikającymi z wyliczeń kosztorysowych. Jak wynika bowiem z Warunków Realizacji Kontraktu (Subklauzula 8:1 ust. 2 pkt 1) „rozliczenie przedmiotu Umowy za Roboty ujęte w kosztorysach złożonych wraz z Ofertą sporządzonych na podstawie przedmiaru Robót nastąpi wg zasad dla wynagrodzenia kosztorysowego (obmiarowego), na podstawie kosztorysu powykonawczego". Skoro rozliczenie nastąpi w oparciu o kosztorysy, to w jaki sposób, zdaniem zamawiającego, rozliczane będą pozycje Formularza, dla których nie opracowano kosztorysów? Na to pytanie również zamawiający nie udziela odpowiedzi.

Wreszcie odwołujący podkreślił, że zgodnie z pkt. 9.1 STWiORB D-M 00.00.00 ceny jednostkowe powinny zawierać koszty pośrednie. Zakres kosztów z pozycji nr 1 i 8 Formularza cenowego odpowiada właśnie definicji kosztów pośrednich. Zatem w tym dokumencie zamawiający wprost wskazał, że wykonawcy powinni koszty te przypisać do poszczególnych cen jednostkowych dla prac w wypełnionych kosztorysach.

Odwołujący stwierdził, że do powyższych zagadnień zamawiający w żaden sposób się nie odniósł, pozostawiając je bez odpowiedzi. Zamiast tego doszedł do osobliwego wniosku, zgodnie z którym nastąpiła zmiana oferty. Odwołujący wskazał, że:

a) w Formularzu cenowym złożonym wraz z ofertą odwołujący postawił w pozycjach nr 1 i 8 znak „-„

b) w odpowiedzi potwierdził, że pozycje te nie zawierają przypisanej do nich wartości (nie

są odrębnie wycenione), odpowiadając zatem na pytanie zamawiającego, odwołujący wskazał wartość 0 zł.

Odwołujący stwierdził, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego powyższe nie stanowi o zmianie oferty. Jeśli odwołujący zmienił ofertę w zakresie pozycji nr 1 i 8, to powstaje pytanie, jaka wartość widniała tam wcześniej? Odpowiedź wydaje się oczywista- żadna, tj. równa 0 zł.

Odwołujący wskazał, że działanie zamawiającego pozostaje dla odwołującego mocno niezrozumiałe. W drodze wezwania zamawiający wniósł o podanie wartości pozycji nr 1 i 8. Skoro dla zamawiającego wyjaśnienie, że pozycje te zawierają 0 zł stanowi zmianę oferty, to jaka wartość nie stanowiłaby takiej zmiany? Tym samym cała procedura wyjaśnień ma pozorny charakter i uznać należy, że prowadzić mogła do jedynego skutku, jakim jest odrzucenie oferty.

Odwołujący podkreślił, że począwszy od złożenia oferty jego stanowisko pozostawało niezmienione. Z przyczyn opisanych szczegółowo powyżej, odwołujący ujął koszty pozycji nr 1 i 8 w kosztorysach wypełnionych dla pozostałych pozycji Formularza cenowego. Pozycje nr 1 i 8 nie zostały zatem odrębnie wycenione, ich wartość wynosiła więc 0 zł. Nie mamy więc do czynienia z żadną zmianą oferty.

W zakresie zarzutu dot. rozwiązania umowy (zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p.), odwołujący podniósł, że w Rozdziale VI pkt 4.15 s.i.w.z. zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawców z postępowania w oparciu o jedną z fakultatywnych przesłanek, tj. art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. Zgodnie z tym przepisem można 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".

Odwołujący wskazał, że wraz z ofertą złożył oświadczenie na formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do s.i.w.z., w którym oświadczył:

2. Oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1,2, 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie, działając w trosce o zachowanie maksymalnej przejrzystości i dążąc do uniknięcia sytuacji, w której odwołującemu postawiony zostałby zarzut wprowadzenia zamawiającego w błąd, odwołujący dobrowolnie złożył oświadczenie, w którym wyjaśnia, że w przypadku dwóch realizowanych przez niego umów doszło do rozwiązania kontraktów („Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 Godziszewo węzeł autostrady A1 Stanisławie" oraz „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 548 Stolno - Wąbrzeźno od km 0+005 do km 26+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 15+146'). Odwołujący

podkreślił przy tym, że w żadnym z tych dwóch przypadków nie nastąpiło to z przyczyn leżących po jego stronie. Odwołujący zadeklarował również gotowość do udzielenia dalszych

wyjaśnień.

Pismem z dnia 5 września 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego (w trybie, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p.) do złożenia wyjaśnień odnośnie tych kontraktów w kontekście przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. Pismem z dnia 11 września 2019

r. odwołujący szczegółowo przedstawił przebieg realizacji obu kontraktów. Do pisma załączone zostały dowody w postaci dokumentów obrazujących przyczyny sytuacji zaistniałej w toku ich realizacji. Wyjaśnienia wraz z załącznikami zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W piśmie z dnia 13 września 2019 r. zamawiający wykluczył odwołującego w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., stwierdzając, że przesłanka z tego przepisu

zmaterializowała się w związku z rozwiązaniem umowy „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr

548 Stolno - Wąbrzeźno od km 0+005 do km 26+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 16+146' („Umowa").

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego. Jak zostało bowiem

szczegółowo wykazane w odpowiedzi, zerwanie kontraktu nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Znamienne przy tym jest to, że zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że w istocie jest inaczej i to wręcz bezrefleksyjnie uznał, że odwołującego winić należy za zaistniałą sytuację. Wykazanie tej okoliczności pozostawało obowiązkiem odwołującego.

Zamawiający ograniczył się bowiem jedynie do wystąpienia do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy z wnioskiem o udzielenie informacji (odwołujący nie dysponuje tym pismem). W odpowiedzi otrzymał pismo, z którego wynika jedynie, że Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy odstąpił od umowy z winy wykonawcy. Tymczasem zaistnienia

tej okoliczności (złożenie oświadczenia o odstąpieniu) odwołujący nigdy nie kwestionował. Co więcej, relacjonując przebieg umowy, odwołujący wskazał, że taka sytuacja miała miejsce. Jednocześnie szczegółowo przytoczył powody, dla których złożone oświadczenie było

nieskuteczne i pozbawione podstaw faktycznych i prawnych oraz powody, dla których

oświadczenie to pozostaje bezskuteczne.

Odwołujący stwierdził, że w przypadku podejmowania przez instytucje zamawiającego tak radykalnych decyzji, jak te o odrzuceniu oferty lub wykluczeniu z postępowania, instytucje zamawiające muszą sprostać wykazaniu wszystkich przesłanek, o których mowa w stosownych przepisach. Jak wskazuje Izba w wyroku z dnia 15 lipca 2019 r. „Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania, czy też odrzucając ofertę wykonawcy obowiązany jest wyjaśnić wszelkie powstałe wątpliwości, niejasności, czy też sprzeczności". Z kolei jak wskazuje Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 8 marca 2019 r.7: „Należy wskazać, że wykluczenie wykonawcy jest ostatecznością i wyjątkowym uprawnieniem zamawiającego, z którego może skorzystać jedynie w oparciu o przepisy ustawy.

Odwołujący podniósł, że zamawiający musi dopełnić następujących obowiązków dowodowych przed skorzystaniem z sankcji wykluczenia wykonawcy: „Tym samym oprócz wskazania na okoliczność rozwiązania umowy, jak w niniejszym wypadku, podmiot zamawiający winien wskazać, które elementy nienależytego wykonania umowy uważa za tyle istotne, że stanowiły one podstawę do zniesienia istniejącego pomiędzy danym wykonawcą a podmiotem zamawiającym stosunku zobowiązaniowego, mającego swoje źródło we wcześniejszej umowie. Brak tych elementów stanowi o wadliwości dokonanej przez Zamawiającego czynności, gdyż jak zostanie wskazane w dalszej części uzasadnienia, pozbawia wykonawcy możliwości skutecznej obrony swych praw. Nie można bowiem zakładać, że każde naruszenie obowiązków kontraktowych będzie stanowiło przesłankę do odstąpienia od umowy i w konsekwencji do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednoczesne wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym nie oznacza, 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. Zrealizowane przez Zamawiającego odstąpienie od umowy ma charakter sankcyjny i trudno wyobrazić sobie w praktyce sytuację aby jego adresat zgodził się z takim stanem rzeczy."

Odwołujący podniósł, że na podstawie uzasadnienia wykluczenia odwołującego nie sposób ustalić dlaczego zamawiający uznał:

a) że to z przyczyn leżących po stronie odwołującego doszło do zerwania umowy;

b) Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy był uprawniony do złożenia oświadczenia o odstąpieniu;

c) dokonał oceny skuteczności oświadczenia o odstąpieniu złożonego przez odwołującego;

d) okoliczności niewskazane w piśmie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy stanowią wyłączną winę odwołującego.

W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, że nie może odnieść się szczegółowo do poszczególnych aspektów zawartych w odpowiedzi z uwagi na zastrzeżenie jej przez

odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Skorzystanie przez wykonawcę z prawa do ochrony informacji wrażliwych nie powinno jednak odbywać się kosztem rzetelnego uzasadnienia tak istotnej decyzji, jaką jest ta o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający odniósł się do odpowiedzi w sposób, który nie stanowiłby o naruszeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Odmowa szczegółowego uzasadnienia decyzji zamawiającego z uwagi na przepisy o tajemnicy przedsiębiorstwa nie zasługuje na ochronę prawną. Podkreśla to Izba np. w wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r.16 : „Następnie podkreślić należy, że Zamawiający nie jest zwolniony z obowiązku przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty w sytuacji, kiedy podstawy faktyczne tego odrzucenia odnoszą się do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Również w takiej sytuacji wykonawca, którego tajemnicy przedsiębiorstwa to dotyczy, musi otrzymać pełne uzasadnienie czynności odrzucenia. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby do zezwolenia na dokonywanie przez zamawiającego arbitralnych i nieweryfikowalnych ocen oraz ograniczałoby prawo wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej". Co więcej, zamawiający mógł poprzestać na ogólnych motywach w upublicznionej informacji o wykluczeniu, a odwołującemu przekazać decyzję właściwie uzasadnioną. Na takie rozwiązanie wskazuje Izba w przywołanym powyżej wyroku: „Gdyby natomiast konieczne było odniesienie się do wyjaśnień w taki sposób, który mógłby prowadzić do ujawnienia tajemnicy, to nie było żadnych przeszkód, aby część uzasadnienia, zawierającą informację chronione, przedstawić tylko odwołującemu, jako zawierającą jego tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Izby żaden przepis ustawy Pzp nie stoi temu na przeszkodzie, a taki sposób postępowania zamawiających - wbrew twierdzeniom Odwołującego - jest często spotykany w praktyce". Zatem to nie tajemnica przedsiębiorstwa stała za niewywiązaniem się przez Zamawiającego z obowiązku prawidłowego uzasadnienia decyzji.

Odwołujący wskazał, że w ślad za przywołanym powyżej orzecznictwem Izby nie ulega wątpliwości, że zamawiający powinien przed podjęciem decyzji o wykluczeniu z postępowania, przeprowadzić szczegółową analizę okoliczności zaistniałych w toku realizacji umowy. Jeśli tak rzeczywiście było, to rodzi się kolejne uzasadnione w niniejszej sprawie pytanie: na jakiej podstawie zamawiający doszedł do wniosku, że to odwołujący doprowadził swoimi działaniami czy też zaniechaniami do zerwania umowy, skoro opierał się jedynie na zdawkowym stanowisku Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy?

Odwołujący wskazał, że z pisma Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy nie wynika nic poza samym złożeniem oświadczenia o odstąpieniu. Zamawiający najwyraźniej pozyskał również stanowisko Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy o stopniu zaawansowania realizacji umowy (wskazuje bowiem na wykonanie 30% zakresu robót). Argumentacja prezentowana przez zamawiającego nie pozwala jednak uznać, że powziął on kluczowe ustalenia, tj. na temat tego jak przebiegała realizacja umowy, jakie przyczyny stały za zaistniałymi problemami, których postanowień umowy odwołujący nie wykazał, jakie dowody prezentowane były przez strony umowy, dlaczego tym prezentowanym przez odwołującego należy odmówić wiarygodności itd. Tymczasem to właśnie te okoliczności powinny zostać ustalone przed podjęciem decyzji o wykluczeniu. Jednocześnie zamawiający dysponował odpowiedzią. W piśmie tym odwołujący szczegółowo wykazał dlaczego nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że to on ponosi winę za zerwanie kontraktu. Na pięciu stronach odnoszących się do umowy odwołujący wskazuje, że (podane poniżej informacje uwzględniają objęcie odpowiedzi tajemnicą przedsiębiorstwa, samo pismo znajduje się w aktach sprawy):

a) po przystąpieniu do realizacji umowy zdiagnozowany został szereg okoliczności uniemożliwiających jej wykonanie (związanych z konstrukcją nawierzchni drogi, z robotami ziemnymi czy przepustami drogowymi);

b) realizacja umowy w oparciu o przekazany przez zamawiającego projekt konstrukcji nawierzchni była niemożliwa z uwagi na jego zdezaktualizowanie się i skutkowałaby nienależytym wykonaniem zamówienia;

c) zamawiający po wielu miesiącach zawarł z wykonawcą aneks odnoszący się do konstrukcji nawierzchni drogi - wielomiesięczna procedura prowadząca do jego zawarcia przełożyła się na żądanie przez wykonawcę przedłużenia czasu realizacji inwestycji i dodatkowego wynagrodzenia;

d) w toku realizacji umowy wykonawca wykazał, że przyjęte przez zamawiającego założenie, zgodnie z którym inwestycja powinna być realizowana zgodnie z wymogami dla

kategorii ruchu KR4 jest błędna, a inwestycja powinna uwzględniać wymagania dla KR5 (wyższa kategoria ruchu skutkująca konsekwencjami natury technicznej);

e) realizacja inwestycji zgodnie z pierwotnymi założeniami była nie tylko nieracjonalna z punktu widzenia troski o interes publiczny czy prawidłowość wydatkowania środków publicznych, ale i zagrażała bezpośrednio interesowi wykonawców.

Odwołujący podniósł, że poparł swoje twierdzenia licznymi dokumentami. Na szczególną uwagę zasługuje opinia, jaka została wydana przez Zakład Inżynierii Drogowej i Transportu Uniwersytetu Technologiczno-Przyrodniczego w Bydgoszczy. Z opinii tej wynika, że odwołujący miał rację twierdząc, że umowa powinna być realizowana w oparciu o założenia techniczne właściwe dla kategorii ruchu KR5.

Odwołujący wskazał, że z przedstawionych wyjaśnień oraz dokumentów jednoznacznie wynika, że zerwanie umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Natomiast stanowisko zamawiającego nie wskazuje na okoliczności, dla których zamawiający prezentuje odmienną opinię. Co więcej, lektura pisma z dnia 13 września 2019 r. pozwala przyjąć, że dla zamawiającego wystarczająca była informacja o tym, że Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

Odwołujący wskazał, że odstąpienie od umowy jest wykonaniem przez jedną ze stron stosunku obligacyjnego uprawnienia prawnokształtującego, realizowanego na podstawie postanowienia zawartego w umowie wzajemnej (art. 395 § 1 i art. 492 k.c.) albo wynikającego z przepisów ustawy (ogólnych - art. 491 i art. 493 k.c. oraz szczególnych, np. art. 560 § 1, art, 635, art. 636 § 1 i art. 640 k.c.). Jednak każdorazowo jest to realizacja uprawniania, którego aktualizacja pozostaje uzależniona od faktycznego ziszczenia się zastrzeżonych warunków uprawniających do odstąpienia (czy to umownych czy to ustawowych). Dopiero ich obiektywne zaistnienie pozwala na skorzystanie z uprawniania do odstąpienia. W sytuacji gdy warunki te się nie ziściły, nie powstaje prawo do skorzystania z uprawniania do odstąpienia, a ewentualnie złożone odstąpienie na podstawie prawnej/umownej, które przesłanki się nie spełniły nie wywołuje skutków prawnych. Odnosząc powyższe do realiów niniejszej sprawy, odwołujący wskazał, że uprawnienie do odstąpienia przez stronie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy od umowy zawartej z odwołującym nie powstało wobec niespełnienia się przesłanek warunkujących jego aktualizację. W konsekwencji oświadczenie zamawiającego pozostaje prawnie nieskuteczne (co szczegółowo zostało wykazane w piśmie skierowanym do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy i załączonym do odpowiedzi).

Odwołujący wskazał, że dla oceny skuteczności skorzystania z uprawniania do odstąpienia od umowy niezbędne i konieczne pozostaje m.in.:

(a) ustalenie czy skutecznie zastrzeżono umowne uprawnienie do odstąpienia;

(b) ustalenie czy na dzień złożenia oświadczenia o odstąpieniu spełniły się wszystkie przesłanki warunkujące możliwość skorzystania z tego uprawniania - czy faktycznie zaistniały przesłanki do odstąpienia w tym dniu od umowy;

(c) ustalenie czy w chwili złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy istniały materialnoprawne podstawy jego złożenia.

Odwołujący podniósł, że samo złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy wraz ze wskazaniem potencjalnego „winnego" nie przesądza o jego skuteczności. Do tego konieczne jest bowiem wykazanie spełniania się wszystkich przesłanek warunkujących możliwość złożenia takiego oświadczenia. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy może mieć podstawę umowną lub ustawową, w każdym jednak przypadku musi ona istnieć w dacie złożenia oświadczenia. Skuteczność oświadczenia o odstąpieniu podlega ocenie według wskazanych w jego treści przyczyn odstąpienia od umowy. Kolejno należy ustalić, czy przesłanki te - jeżeli zaistniały - pozostają zawinione przez wykonawcę. Kategorycznie należy zatem stwierdzić, że oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy nie stanowi potwierdzenia nienależytego wykonania umowy - takiego skutku oświadczenie to nie wywołuje. Zresztą jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lutego 2007 r.19, dopiero skuteczne odstąpienie od umowy stanowi w pewnym sensie potwierdzenie, że istotnie miał miejsce przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez drugą stronę. Przyjmując ten tok myślenia Sądu Najwyższego, należy uznać, że brak obiektywnego stwierdzenia skuteczności

odstąpienia, a tym bardziej zaistniały pomiędzy stronami spór co do jego skuteczności, nie pozwala uznać, że doszło nie wykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu umowy z przyczyn leżących po stronie odwołującego.

Odwołujący wskazał, że dla uznania skuteczności odstąpienia oraz dla uznania, że nastąpiło ono z winy odwołującego bezwzględnie zamawiający powinien ustalić, że:

(a) po pierwsze zaistniały tego rodzaju okoliczności, które uzasadniały odstąpienie od umowy;

(b) po drugie nastąpiło ono z przyczyn leżących po stronie odwołującego.

W ocenie odwołującego, w realiach niniejszej sprawy brak jest jednak tak podstawowych ustaleń, warunkujących możliwość uznania że doszło do odstąpienia od umowy z winy odwołującego, który jednoznacznie i szczegółowo wykazał okoliczności odwrotne, tj. że nie spełniły się przesłanki odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Wręcz przeciwnie - to odwołujący oświadczeniem z dnia 22 maja 2019 r. odstąpił od umowy z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy z winy zamawiającego. Biorąc zatem pod uwagę nakreślony stan faktyczny uznać należy, że strony umowy pozostają w sporze co do skuteczności dokonanych przez obie strony odstąpień. Prawdopodobne jest, że spór ten zostanie poddany pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego. Tymczasem zamawiający, stawiając tezę o zawinionym przez odwołującego zerwaniu umowy, wciela się niejako w rolę tego sądu, nie podejmując przy tym nawet próby merytorycznej oceny zaprezentowanych przez odwołującego argumentów. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Odwołujący wskazał, że o niepewności Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy co do prawidłowości i skuteczności dokonanego przez niego odstąpienia - a zatem o zaistnieniu przesłanki nienależytego wykonania umowy ze względu na okoliczności leżące po stronie odwołującego - świadczy również fakt, że Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy nie skorzystał z wystawionej na jego rzecz gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy oraz usunięcia wad i usterek. Gdyby ZDM Bydgoszcz był pewien co do zasadności i skuteczności odstąpienia, naliczyłby odwołującemu kary umowne i zaspokoiłby swoje roszczenia z gwarancji ubezpieczeniowej - takie działanie stanowiłoby racjonalne zachowanie zamawiającego publicznego pewnego swoich praw. Jednakże Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy nie zrealizował swoich uprawnień wynikających z gwarancji ubezpieczeniowej, która w dniu 28 lipca 2019 r. wygasła. Fakt dopuszczenia do wygaśnięcia gwarancji bez zaspokojenia swoich roszczeń każde domniemywać, że Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy odstąpił od umowy nieskutecznie.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie wykazał kluczowej przesłanki, o której mówi art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., jaką jest zawinienie odwołującego w odniesieniu do umowy. To z kolei, jak wskazuje Izba, skutkuje brakiem podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania: „Rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p., przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 p.z.p.) a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej”20. Gdyby zatem nawet przyznać Zamawiającemu rację i uznać, że Odwołujący ponosi w jakimś stopniu winę za zerwanie Umowy (czemu jednak Odwołujący stanowczo zaprzecza), to poprzez niewykazanie przez Zamawiającego, które okoliczności prowadzące do zerwania Umowy obciążają Odwołującego, został on całkowicie pozbawiony możliwości tzw. samooczyszczenia się (a więc skorzystania z procedury, o której mowa w art. 24 ust. 8 Pzp).

Wyrok Izby z dnia 21 marca 2018 r„ sygn. KIO 422/18, podobnie w wyroku z dnia 13 marca 2018 r., sygn. KIO 335/18.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 października 2019 roku zamawiający oświadczył, że częściowo uznaje odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 w odniesieniu do rozbieżności pomiędzy treścią formularza oferty a zobowiązaniem podmiotu trzeciego (dot. pkt 1.1 pisma Zamawiającego z dnia 13.09.2019 r. znak ZMID.ZP.26.7.2019. MFE (14).

W pozostałym zakresie zamawiający nie uznał odwołania i wniósł o jego oddalenie.

Zamawiający wskazał, że odwołujący dokonał czynności zabronionej, skutkującej odrzuceniem oferty tj. zmienił treść oferty po terminie jej otwarcia.

Zamawiający wskazał, że treść punktu 1 rozdziału XIV s.i.w.z., cytowany przez odwołującego w odwołaniu w całości brzmi następująco:

„Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o zakres prac i robót przedstawiony w Opisie Przedmiotu Zamówienia, Dokumentacji projektowej oraz w formularzu kosztorysu do oferty stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ".

W ocenie zamawiającego oznacza to, że wartości wyliczone przez wykonawców w kosztorysach ofertowych (ceny pozycji 2-7 Formularza cenowego wynikały z kosztorysów) nie są jedynym elementem składającym się na wartość Ceny ogółem oferty, dlatego też Formularz cenowy zawierał 8 pozycji a nie tylko 6. Ponadto zamawiający zdefiniował w Formularzu cenowym, iż „Cena ogółem jest sumą pozycji 1-8, więc pozycja nr 1 i 8 nie była pozycją fakultatywną. Zgodnie z wyrokiem KIO „Nie ma zatem podstaw do twierdzenia, że wykonawcy mogli te pozycje wycenić według własnego uznania w tym znaczeniu, że dopuszczalne było jej pominięcie lub zawarcie w innej pozycji, dotyczącej pozostałych kosztów wynikających z opisu przedmiotu zamówienia odwołujący zaś za swoje zaniechania i brak należytej staranności, wymaganej od profesjonalisty, chciałby obciążyć Zamawiającego (wyrok KIO z dnia 29 marca 2019 sygn. akt KIO 443/19). Zgodnie z twierdzeniem odwołującego z pkt. 1.2.16 odwołania zamawiający oczekiwał, że do każdej pozycji zostaną przypisane przez wykonawców określone ceny netto.

Identyczne wnioski płyną z treści punktu 3 Rozdziału XIV s.i.w.z.:

„Wyliczone w kosztorysach złożonych wraz z ofertą ogólne wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót Wykonawca winien zsumować, a otrzymane wartości wpisać do Formularza Cenowego. Otrzymaną w Formularzu cenowym kwotę wykonawca winien przenieść do Formularza Oferty.

Zamawiający wskazał, że ostatnie zdanie cytowanego punktu s.i.w.z. przesądza, że cena zawarta w Formularzu Oferty wynika z Formularza cenowego, czyli sumy pozycji 1-8, a nie, jak twierdzi odwołujący, wyłącznie z wyliczenia w poszczególnych kosztorysach. Dlatego twierdzenia odwołującego, że nie wyceniając wszystkich pozycji Formularza cenowego postąpił zgodnie z postanowieniami s.i.w.z. są nieprawdziwe. Postanowienia s.i.w.z., szczególnie w zakresie sposobu obliczenia ceny, są bardzo precyzyjne i nie pozostawiają wątpliwości co do ich interpretacji.

Zamawiający wskazał, że wobec braku wyceny (w ofercie odwołującego w pozycji 1 i 8 Formularza cenowego był znak „-„) dla „Wymagań ogólnych” oraz „Uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie", zwrócił się o wyjaśnienia w tym zakresie. W odpowiedzi uzyskał od odwołującego sprzeczne ze sobą informacje, że:

1) zaoferowana cena zawiera koszty Wymagań ogólnych oraz Uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie;

2) pozycje 1 i 8 Formularza cenowego nie zostały wycenione i że odwołujący niniejszymi wyjaśnieniami zmienia treść oferty w zakresie tych pozycji z „-„ na „0,00”

3) koszty związane z pozycjami 1 i 8 zostały ujęte w wycenie w ramach pozostałych pozycji

(powyższe oświadczenie powtórzono także w odwołaniu w pkt. 1.2.20)

Zamawiający stwierdził, że pomimo udzielonych wyjaśnień nadal nie jest w stanie przypisać faktycznej wartości za te prace — z jednej strony odwołujący wskazuje jednoznacznie, że wartość tych pozycji jest żadna, tj. równa 0 zł, z drugiej strony oświadcza, że koszty wykonania zawarł w pozostałych pozycjach. Zatem zostały one przez odwołującego skalkulowane i mają wymiar liczbowy, lecz zamawiający nadal nie wie w jakiej wysokości koszty założył. W konsekwencji wartość prac, np. uzyskanie decyzji pozwolenia na użytkowanie, może opiewać zarówno na kwotę 0,00 zł jak i 150 000 zł, czy każdą inną wartość, Ma to szczególne znaczenie także w sytuacji, gdy wykonawca składa roszczenie z tytułu np.

przedłużenia terminu realizacji robót lub też umowa zostaje zakończona przed terminem, poprzez jej rozwiązanie, gdy nie wszystkie prace zostają zrealizowane. Wobec sprzecznej wyceny pozycji „Wymagania ogólne", proponowanej przez odwołującego, zamawiający nie będzie w stanie ocenić zasadności tych roszczeń. Zamawiający wydając środki publiczne w sposób celowy i oszczędny, nie może pozwolić na taką dowolność. Przyjęcie oferty odwołującego i zawarcie umowy na jej podstawie jest zatem po stronie zamawiającego ogromnym ryzykiem naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający podtrzymuje stanowisko, że odwołujący

wyjaśnieniami z dnia 30.08.2019 r. naruszył zakaz wynikający z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., gdzie ustawodawca w zdaniu drugim wyraźnie wskazuje, iż w toku badania i oceny ofert

niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany jej treści. Dopuszczalna ingerencja w treść oferty ograniczona została jedynie do możliwości poprawienia omyłek, o których mowa w art, 87 ust 2 ustawy P.z.p., zaś w tym przypadku omyłka nie wystąpiła,

Wskazane przez odwołującego zastąpienie znaku w poz. 1 i 8 wartością „0,00 zł" i

zapewnienie, że cena ofertowa zawiera koszty wykonania prac wskazanych w tychże pozycjach bez określenia jak i gdzie odwołujący wycenił te prace, nie jest jedynie niedokładnością, a zmianą treści oferty. Na potwierdzenie powyższego zamawiający przywołał wyrok z dnia 22 sierpnia 2017, sygn. akt. KIO 1633/17.

Zamawiający stwierdził, iż przyzwolenie na zmianę treści oferty jest niedopuszczalne również z uwagi na naczelne zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wyjaśnienia treści oferty stanowią rodzaj wykładni oświadczenia woli wykonawcy (jego oferty), dlatego przyjęcie przez zamawiającego wyjaśnień zmieniających treść złożonej oferty nie może być uznane za wyjaśnienie treści oferty, tylko za negocjacje jej treści, zakazane w art. 87 ust zdanie drugie ustawy P.z.p. Podkreślił, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie spoczywa obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu.

Zamawiający podniósł, iż jego stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 13.09.2019 znak ZMID-ZP.26.7.2019.MFE (14) dot. m. in. wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., było uprawnione. Zamawiający w ww. piśmie dowiódł, że wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. zaistniały, co obligowało go do czynności wykluczenia.

Zamawiający stwierdził, że rozpatrywał przesłankę z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. przez pryzmat dwóch umów realizowanych przez odwołującego:

1) umowy nr 50/2017/2018 z dnia 20 stycznia 2017 r., zawartej z zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku;

2) umowy nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19 kwietnia 2017 r., zawartej z zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy.

W przypadku umowy wskazanej w pkt. 1, między stronami zawarta została ugoda sądowa bez winy którejkolwiek ze stron, co potwierdził zamawiający ZDW w Gdańsku pismami z dnia 28.08.2019 r. oraz 12.09.2019 r.

Odnośnie umowy wskazanej w pkt. 2, zamawiający ZDW w Bydgoszczy odstąpił od umowy z winy odwołującego, co potwierdził pismem z dnia 29.08.2019 r. Zamawiający ZDW w Bydgoszczy wskazał także, że w ramach tej umowy w ciągu dwóch lat jej trwania wykonano ok. 30% robót (wiadomość e-mail od pracownika ZDW z dnia 19.09.2019 r. doprecyzowała, że zaawansowanie robót wynosiło jedynie ok. 23%). Zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie rozbieżności stanowisk dotyczących sposobu rozwiązania umowy nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19 kwietnia 2017 r. Wyjaśnienia wykonawcy z dnia 11.09.2019 r, nie potwierdziły, zdaniem zamawiającego, iż winę za brak możliwości dalszej realizacji ponosi zamawiający — tak jak jednoznacznie twierdził w oświadczeniu złożonym wraz ofertą. Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach wybiórcze dowody i jednostronną korespondencję, która powstała przed odstąpieniem od umowy.

Zamawiający podniósł, że konsekwencją braku postępu robót było odstąpienie od umowy w dniu 05.04.2019 przez ZDW w Bydgoszczy z winy odwołującego wskazujące na następujące okoliczności:

ODSTĄPIENIE OD UMOWY

Zamawiający oświadcza, iż na podstawie zapisów S 1 8 ustęp I pkt 1 .1 .m 1 ,2 i 1.7 umowy nr ZDW,N4.363.02.2016 z dnia 19.04.2017r. odstępuje od umowy z winy wykonawcy.

Uzasadnienie

Zgodnie z treścią w/w zapisów umowy, zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy, jeżeli:

„Wykonawca nie rozpoczął robót zgodnie z przedstawionym przez niego harmonogramem rzeczowym lub nie przystąpił do przejęcia terenu budowy",

, Wykonawca przerwał niezgodnie z harmonogramem, realizację robót przerwa ta trwa dłużej niż 14 dni",

„Wykonawca narusza postanowienia niniejszej umowy, w szczególności postanowienia 3 ustęp 2-5, 6 ustęp 3.4, 3.5 i 7, 8 ustęp 2, 12 ustęp 2, 13 ustęp 2, 3 i 4, 14 ustęp 1.2 lit b), ustęp 2, 15 ustęp 8, 18, 19, 22."

Zgodnie z treścią § 8 ustęp 2 pkt 2.8, do obowiązków Wykonawcy należy min. „Realizacja zaleceń Wykonawcy usługi nadzoru i Kierownika Projektu"

Tymczasem Wykonawca:

- mimo poleceń Inżyniera Kontraktu nie przedkładał operatów geodezyjnych,

- mimo poleceń Inżyniera Kontraktu prowadzi prace niezgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym,

- mimo poleceń Inżyniera Kontraktu nie aktualizował w wymaganym terminie zatwierdzenia projektu TOR,

- mimo poleceń Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego nie wykonywał zleconych mu robót, a zatem nie realizował zaleceń wykonawcy usługi nadzoru oraz nie wykonywał robót zgodnie z przedstawionym przez niego harmonogramem rzeczowym;

Wykonawca mimo wezwania go do wznowienia robót pismem Inżyniera Kontraktu z dnia 28.02.2019r. oraz pismem Zamawiającego z dnia 04.03.2019 r. oraz pismem zamawiającego z dnia 15.03.2019r. nie przystąpił do wznowienia wykonywania prac w zleconym zakresie na wszystkich frontach robót do dnia sporządzenia niniejszego pisma, a zatem przerwał niezgodnie z harmonogramem realizację robót i przerwa ta trwa dłużej niż 14 dni. Do dnia dzisiejszego nie wznowiono robót w zakresie określonym harmonogramem i poleceniami Zamawiającego.

Odwołujący, podpisując w dniu 19.04.2017 r. umowę na wykonanie przedmiotu umowy, złożył oświadczenie woli, w którym:

1. wykonawca uznaje, że dokumentacja projektowa wraz z ST, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1.5 jest kompletna 2 punktu widzenia celu jakiemu ma służyć i zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie ze złożoną ofertą,

2. Wykonawca jest odpowiedzialny za prowadzenie i wykonanie prac zgodnie z warunkami umowy oraz przepisami prawnymi i technicznymi.

3, Wykonawca zobowiązuje się do wykonania wszelkich czynności koniecznych dla zrealizowania przedmiotu umowy oraz do usunięcia jego wad, stwierdzonych w trakcie wykonywania umowy oraz w okresie rękojmi i gwarancji.

Wobec cytowanej treści § 3 umowy, potwierdzając, iż dokumentacja projektowa wraz z SST jest kompletna z punktu widzenia celu jakiemu ma służyć i podjęciu zobowiązania do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z ofertą i umową, odwołujący zdecydował, by uzależnić wykonanie zamówienia od wykonania robót zamiennych, do czego, zdaniem zamawiającego, nie był uprawniony, bowiem umowa dotyczyła wykonania drogi w kategorii ruchu KR4 i inwestycji o takiej właśnie charakterystyce dotyczyło pozwolenie na budowę, na podstawie którego działał odwołujący.

Zamawiający stwierdził, że zachowanie i działanie odwołującego jest niespotykane dla wykonawcy, który ma wolę ukończenia robót i wywiązania się z zobowiązań wynikających z umowy, a w przypadku tak niskiego zaawansowania robót, jakie miało miejsce na tym kontrakcie trudno się takiej woli ze strony odwołującego doszukać. Potwierdza to pismo z dnia 13.05.2019 r. znak ZDW,T3.392-548.48.6.19, którego kopię zamawiający otrzymał od zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy, którego adresatem był odwołujący i z którego wynika, że:

„Wykonawca nie wykazuje woli kontynuowania robót, co było przedmiotem i podstawą ww. umowy. Niejako Zamawiający (ZDW) został wręcz zmuszony przez firmę Trakcja PRKil SA. do przedłożenia odstąpienia od umowy, ponieważ nie mógł pozwolić na dalszą bezczynność w robotach budowlanych przy dużym froncie robót, tym bardziej przy korzystnych warunkach atmosferycznych. Zarząd Dróg Wojewódzkich we wspólnym działaniu z Zarządem Województwa był w stanie rozważyć podtrzymanie dalszej współpracy z wykonawcą wraz z uzgodnieniem warunków wykonywania robót przy niezwłocznym wznowieniu i kontynuowaniu prac na budowie, na co Państwo stanowczo nie wyraziliście zgody”.

W ocenie zamawiającego, kategoryczna odmowa dokończenia budowy bezsprzecznie wskazuje, że to odwołującemu należy przypisać winę za odstąpienie od umowy przez ZDW, dlatego wykluczenie przez zamawiającego należy uznać za w pełni uzasadnione.

W wyżej przywołanym piśmie znajduje się także informacja o naliczeniu kary z uwagi na odstąpienie od umowy z winy wykonawcy (na podstawie 512 pkt 1.7 umowy), w wysokości 20% wartości umownej brutto, tj. ok. 16 511 233,00 zł.”.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Strabag Sp. z o.o. w Pruszkowie. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt. 3 s.i.w.z. „Ofertę stanowi wypełniony Formularz Oferty - załącznik nr 1 do s.i.w.z. oraz niżej wymienione dokumenty:

1) Kosztorysy ofertowe

2) Formularz cenowy”.

Zgodnie z rozdz. XIV pkt 1 s.i.w.z., „Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o zakres prac i robót przedstawiony w Opisie Przedmiotu Zamówienia, Dokumentacji projektowej oraz w formularzu kosztorysu do oferty stanowiących załączniki do niniejszej SIWZ".

Zgodnie z treścią punktu 3 rozdziału XIV s.i.w.z., „Wyliczone w kosztorysach złożonych

wraz z ofertą ogólne wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót Wykonawca winien zsumować, a otrzymane wartości wpisać do Formularza Cenowego. Otrzymaną w Formularzu cenowym kwotę wykonawca winien przenieść do Formularza Oferty.

Zamawiający opublikował Formularz cenowy, wymieniając w nim następujące pozycje:

1. Wymagania ogólne;
2. Roboty torowe;
3. Roboty drogowe;
4. Roboty sanitarne;
5. Roboty elektryczne;
6. Roboty teletechniczne (budowa kanalizacji i kabla koordynującego);
7. Zieleń;
8. Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Do każdej z pozycji przypisać należało określoną cenę netto.

Zamawiający w pliku Materiały Przetargowe opublikował szczegółowe kosztorysy dla następujących pozycji :

1. Drogi;
2. Elektryka;
3. Sanitarne;
4. Teletechnika;
5. Tory;
6. Zieleń.

Do oferty odwołujący załączył Formularz cenowy wypełniony w następujący:

4>*	Roboty budowlane [Inne elementy	Cena bez VAT
i.	Wymagania ogólne	-
2.	Roboty drogowe	3 900 043,36
3.	Roboty torowe	1 369 734,63
4.	Roboty sanitarne	812 121,67(
5.	Roboty elektryczne	844 167,72 402 119,48 1 059 417,93
6.	Roboty teletechniczne (budowa kanalizacji i kabla koordynującego)	322 497,49
7.	Zieleń	180 843,77
8.	Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie	-
Cena ogółem (suma pozycji 1 - 8);		8 890 946,05 w j

Pismem z dnia 27 sierpnia 2019 roku zamawiający zwrócił się do odwołującego z pytaniem, o czy cena ofertowa uwzględnia pozycje nr 1 i 8, jakie wartości należy przypisać do tych pozycji oraz gdzie zostały ujęte koszty pozycji nr 1 i 8.

W odpowiedzi z dnia 30 sierpnia 2019 roku odwołujący wyjaśnił, że:

a) zaoferowana cena zawiera koszty Wymagań ogólnych oraz Uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie;

b) pozycje 1 i 8 Formularza cenowego nie zostały wycenione (wartości tych pozycji wynoszą 0 zł);

c) koszty związane z pozycjami 1 i 8 zostały ujęte w wycenie w ramach pozostałych

pozycji.

Odwołujący wskazał również, że takie wypełnienie Formularza cenowego odpowiada wymogom wynikającym z s.i.w.z., gdyż w Rozdziale XIV pkt. 3 zamawiający wskazał, że wartości wpisywane do Formularza cenowego mają być konsekwencją wyliczenia ich w poszczególnych kosztorysach. Skoro zatem brak jest kosztorysów dla Wymagań ogólnych oraz Uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, to koszty tych pozycji musiały zostać uwzględnione w pozostałych kosztorysach. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że wpisanie do pozycji nr 1 i 8 jakichkolwiek wartości rodziłoby daleko idące problemy na etapie rozliczenia kontraktu.

Zamawiający w rozdz. VI pkt. 4.14 przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., tj. w sytuacji, gdy wykonawca, 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 ustawy P.z.p., co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie, że w przypadku dwóch, niżej wymienionych umów:

1) umowy nr 50/2017/2018 z dnia 20 stycznia 2017 r., zawartej z zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku;

2) umowy nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19 kwietnia 2017 r., zawartej z zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy,

doszło do ich rozwiązania, podkreślając przy tym, że w przypadku obu umów winę za brak możliwości ich dalszej realizacji ponoszą zamawiający - ZDW w Gdańsku oraz ZDW w Bydgoszczy, czemu wykonawca dał wyraz składając oświadczenia o odstąpieniu od realizacji powyższych umów.

Zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające i występując zarówno do ww. Zamawiających, jak i spółki Trakcja PRKiI S.A. i ustalił, że w przypadku umowy nr 50/2017/2018 z dnia 20 stycznia 2017 r. zawartej z zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, rozwiązanie nastąpiło za porozumieniem stron, w oparciu o zawartą w dniu 07.08.2019 r. ugodę sądową, w której strony uzgodniły warunki rozwiązania umowy. Powyższe okoliczności zamawiający ustalił na podstawie pisma ZDW w Gdańsku z dnia 28.08.2019 r.

Od Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy zamawiający uzyskał informację, że umowa nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19 kwietnia 2017 r. zawarta z zamawiającym - zakończyła się w dniu 05.04.2019 r. odstąpieniem ZDW w Bydgoszczy z winy wykonawcy Trakcja PRKiI S.A.

Pismem z dnia 13 września 2019 r. zamawiający zwrócił się do ZDW w Bydgoszczy pismem następującej treści:

„Powołując się na przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej, w szczególności art. 2 i 3 w związku z art. 5 ust 3, wnioskuję o udostępnienie następujących dokumentów:

1. ugodę sądową z dnia 07.08.2019 r. zawartą przed Sądem Rejonowym Gdańsk — Południe w Gdańsku pomiędzy Zamawiającym ZDW w Gdańsku a konsorcjum firm: Trakcja PRKiI S. A. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Przedsiębiorstwem Eksploatacji Ulic i Mostów

Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, w której strony uzgodniły warunki rozwiązania umowy nr 50/2017/2018 z dnia 20.01.2017 r.

2. umowę 50/2017/2018 z dnia 20.01.2017 r., której przedmiotem była „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 Godziszewo węzeł autostrady Al Stanisławie" wraz z zawartymi aneksami;

3. dokumenty dotyczące naliczenia kar umownych z ponuierdzeniem, że nie zostały one uchylone i zostały wyegzekwowane lub są dochodzone;

4. dokumenty potwierdzające ew. zatrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Pozyskanie ww. dokumentów jest niezbędne do dalszych prac komisji przetargowej w związku z prowadzonym postępowaniem ZP/5/PN/4/19. Zarząd Miejskich Inwestycji Drogowych w Warszawie jest jednostką sektora finansów publicznych i zobowiązany jest do szczególnej dbałości o wydatkowanie środków finansowych. Z uwagi na obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zapoznanie się z treścią wnioskowanych dokumentów jest konieczne." Wymagane dokumenty zamawiający otrzymał w dniu 17 września br.

Pismem z dnia 13 września 2019 roku zamawiający, na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy P.z.p. poinformował o podjęciu następujących czynności:

I. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Trakcja PRKiI S. A. w Warszawie ul. Złota nr 59, lok. XVIII, 00-120 Warszawa. Podstawą prawną powyższej czynności zamawiającego jest art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Zamawiający przedstawił poniżej uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty spółki Trakcja PRKiI S. A.

Złożona przez wykonawcę oferta wzbudziła wątpliwości zamawiającego, ponieważ:

1) w formularzu oferty, jako zakres podwykonawstwa Silesia Invest Sp. z o.o. Sp. k., wskazano „roboty drogowe", zaś w zobowiązaniu podmiotu trzeciego spółki Silesia Invest Wykonawca oświadczył powierzenie tej spółce przebudowy torowiska tramwajowego;

2) w formularzu cenowym pozycje nr 1 i 8 nie zawierały ceny, tylko znak „-„

Powyższe spowodowało, że zamawiający w dniu 27.08.2019 r. zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie powyższych kwestii w trybie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., a w odpowiedzi uzyskał

m. in.:

ad. 1 - nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego - spółki Silesia Invest z zakresem podwykonawstwa tożsamym z treścią formularza oferty, tj. „roboty drogowe" oraz wyjaśnienie, że to „błąd ludzki";

ad. 2 - wskazanie, że w poz. 1 i 8 winna się znaleźć wartość 0,00 zł i zapewnienie, że cena ofertowa zawiera koszty wykonania prac wskazanych w tychże pozycjach — Wykonawca nie określił jednak gdzie wycenił te prace i jak.

Zamawiający uznał, że powyższe wyjaśnienia stanowiły nieuprawnioną, po terminie składania ofert, zmianę treści oferty Wykonawcy. Należy podkreślić, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. w zdaniu drugim wyraźnie przewiduje, iż w toku badania i oceny ofert niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Oznacza to, że wyjaśnienia, co do zasady, nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a jedynie ograniczać się do jej wykładni. Korekta treści oferty możliwa jest tylko, w oparciu o art. 87 ust. 1a i ust. 2 Pzp. Natomiast zarówno o wysokości ceny 0,00 zł za wykonanie prac wskazanych w pozycji nr 1 i 8 Formularza cenowego, jak i faktycznym zakresie

podwykonawstwa spółki Silesia Invest, Zamawiający dowiedział się z pisma wyjaśniającego Wykonawcy, co tak na prawdę stanowiło złożenie przez Wykonawcę nowego oświadczenia.

Złożenia nowego oświadczenia nie można uznać za wykładnię oferty - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 października 2014 r. (KIO 2012/14). Wyjaśnienia muszą zatem ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Zgodnie z piśmiennictwem „wyjaśnienia treści złożonej oferty nie może prowadzić do dokonania jakichkolwiek zmian w złożonej ofercie, nawet jeżeli te zmiany byłyby korzystne dla zamawiającego. Wyjaśnienia nie mogą prowadzić też do uzupełnienia oferty o wymagane w siwz dokumenty. Należy podkreślić że przepisy Prawa zamówień publicznych nie pozwalają wykonawcy po otwarciu ofert na jakąkolwiek ingerencję w treść złożonej oferty (J. Pieróg „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz", 15 wydanie, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa, 2019 r., s. 481).

W przypadku wyjaśnień wykonawcy z dnia 30.08.2019 r., Zamawiający otrzymał zobowiązanie podmiotu trzeciego z nowym zakresem podwykonawstwa spółki Silesia Invest, jak również nową wartość cenową pozycji nr 1 i 8 Formularza cenowego, zatem, w ocenie Zamawiającego, zmienione zostały istotne elementy oferty. Zamawiający stoi na stanowisku, iż wyjaśnienie treści oferty nie może być wykorzystywane do uzupełniania braków cen w Formularzu cenowym, czy też zmiany treści zobowiązania podmiotu trzeciego. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że przyjęcie wyjaśnień Wykonawcy naruszałoby zakaz wynikający z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, dlatego postanowił o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z ustawą.

II. Zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się 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.

Wykonawca wraz z ofertą złożył oświadczenie, że w przypadku dwóch, niżej wymienionych umów:

1) umowy nr 50/2017/2018 z dnia 20 stycznia 2017 r., zawartej z Zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku;

2) umowy nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19 kwietnia 2017 r., zawartej z Zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy,

doszło do ich rozwiązania, podkreślając przy tym, że w przypadku obu umów winę za brak możliwości ich dalszej realizacji ponoszą zamawiający - ZDW w Gdańsku oraz ZDW w Bydgoszczy, czemu wykonawca dał wyraz składając oświadczenia o odstąpieniu od realizacji powyższych umów.

Zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające i występując zarówno do ww. Zamawiających, jak i spółki Trakcja PRKiI S.A. ustalił, co następuje.

W przypadku umowy nr 50/2017/2018 z dnia 20 stycznia 2017 r. zawartej z zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, rozwiązanie nastąpiło za porozumieniem stron, w oparciu o zawartą w dniu 07.08.2019 r. ugodę sądową, w której strony uzgodniły warunki rozwiązania umowy. Powyższe okoliczności zamawiający ustalił na podstawie pisma ZDW w Gdańsku z dnia 28.08.2019 r.

Natomiast umowa nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19 kwietnia 2017 r. zawarta z Zamawiającym - Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy zakończyła się w dniu 05.04.2019 r. odstąpieniem ZDW w Bydgoszczy z winy wykonawcy Trakcja PRKiI S.A. (zgodnie z oświadczeniem ZDW w Bydgoszczy z dnia 29.08.2019r.).

Wykonawca w dniu 11.08.2019 r. przedstawił wyjaśnienia dot. zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. w odniesieniu do wyżej wymienionych umów, zastrzegając jednocześnie jako tajemnicę przedsiębiorstwa W związku z tym zamawiający w niniejszym piśmie nie może odnieść się szczegółowo do poszczególnych aspektów zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy.

W ocenie zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy nie dowiodły, że przesłanka wykluczenia z

art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. nie ma zastosowania w przypadku umowy nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19 kwietnia 2017 r., w związku z tym zamawiający dokonał wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Możliwość zastosowania ww. przesłanki warunkują następujące okoliczności, które w opinii Zamawiającego zaistniały łącznie w przypadku umowy nr ZDW.N4.363.02.2016, co dało podstawę do dokonania czynności wykluczenia:

1) wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji

Zawarta w dniu 19.04.2017 r. umowa na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 548 na odcinku Stolno-Wąbrzeżno nie została wykonana przez Wykonawcę Trakcja PRKil S.A. Zakończyła się w dniu 05.04.2019 r. odstąpieniem od niej przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy, z winy wykonawcy. Zgodnie z informacją potwierdzoną przez ZDW w Bydgoszczy po niemal dwóch latach trwania kontraktu wykonawca zrealizował zaledwie ok. 30% zakresu robót, jak i nie dochował terminu wykonania zamówienia, co należy uznać za niewykonanie umowy istotnym stopniu. Zgodnie z piśmiennictwem „nienależyte wykonanie oznacza wykonanie w sposób odbiegający od treści umowy. Oznacza to np. wykonanie umowy na poziomie jakościowym odbiegającym od oczekiwanego czy wykonanie po zakreślonym w niej terminie (J. Pieróg, op. cit. s. 224).

2) niewykonana lub nienależycie wykonana umowa była zawarta z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1—4 ustawy P.z.p., z zamawiającym będącym:

• jednostką sektora finansów publicznych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.),

• inną niż jednostka sektora finansów publicznych, państwową jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej (art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.),

• inną niż jednostka sektora finansów publicznych, osobą prawną utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p.),

• związkiem podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których

mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. (art. 3 ust. 1 pkt 3a ustawy P.z.p.), innym niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1—3a podmiotem, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o których mowa w art. 132 ustawy P.z.p. (art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p.);

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy jest jednostką budżetową, finansowaną przez samorząd województwa, wykonującą zarząd drogami wojewódzkimi, w zakresie planowania, budowy, modernizacji, utrzymania i ochrony tych dróg zgodnie z postanowieniem ustawy o drogach publicznych, zatem warunek określony w pkt 2 został spełniony.

3) przyczyna niewykonania lub nienależytego wykonania leżała po stronie wykonawcy

Zamawiający, w celu weryfikacji oświadczenia wykonawcy zawartego w ofercie, dotyczącego winy ZDW za brak możliwości dalszej realizacji umowy, w dniu 27.08.2019 r. zwrócił się do Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy o wyjaśnienia w tym zakresie. W odpowiedzi otrzymał informację, że w dniu 05.04.2019 r. odstąpił od umowy. Zgodnie z piśmiennictwem „zamawiający powinien posiadać dowody na potwierdzenie powyższych przesłanek i w tym zakresie powinien współpracować z zamawiającym, z którym została podpisana wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dowodem na rozwiązanie urnowy jest oświadczenie poprzedniego zamawiającego (P. Granecki „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz”, 5 wydanie, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa, 2016 r., s. 347).

4) skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania było rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania

W doktrynie wskazano, że „pojęcie rozwiązania umowy na gruncie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 P.z.p. należy traktować jako kategorię zbiorczą, w której mieszczą się jednostronne i

dwustronne oświadczenia woli zmierzające do przedterminowego wygaśnięcie stosunku prawnego" TM. Śledziewska, Proces udzielania zamówień publicznych, s. 4601. Obok więc

rozwiązania umowy za zgodną wolą stron, należy pod tym pojęciem rozumieć także odstąpienie od umowy i wypowiedzenie umowy (J. Pieróg, op. cit., s. .225).

Zgodnie z art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy P.z.p., wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy P.z.p., jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia

zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Odstąpienie umowy nr ZDW.N4.363.02.2016 z dnia 19 kwietnia 2017 r. nastąpiło w dniu 05.04.2019r., zatem termin wskazany w ww. przepisie został dochowany.

Z uwagi na okoliczności opisane w pkt I i II niniejszego pisma, zamawiający zdecydował o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu jego oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że na skutek wyjaśnień odwołującego z dnia 30 sierpnia 2019 r. uzasadniających niewypełnienie pozycji nr 1 i 8 w Formularzu cenowym doszło do zmiany oferty, a w jej konsekwencji zaistnienia stanu niezgodności oferty z ustawą, Izba wskazuje na treść punktu 3 rozdziału XIV s.i.w.z., zgodnie z którym „Wyliczone w kosztorysach złożonych wraz z ofertą ogólne wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót Wykonawca winien zsumować, a otrzymane wartości wpisać do Formularza Cenowego. Otrzymaną w Formularzu cenowym kwotę wykonawca winien przenieść do Formularza Oferty.

Z powyższego wynika, że podstawą wyceny poszczególnych elementów robót miały być szczegółowe kosztorysy. Jednocześnie zamawiający w pliku Materiały Przetargowe opublikował szczegółowe kosztorysy dla następujących pozycji: 1. Drogi; 2. Elektryka; 3. Sanitarne; 4. Teletechnika; 5. Tory; 6. Zieleń. Zamawiający nie opublikował kosztorysów dla pozycji: „Wymagania ogóle” oraz „Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę”.

Tym samym, wobec jednoznacznego brzmienia punktu 3 rozdziału XIV s.i.w.z., stanowiącego obowiązek wyliczenia poszczególnych pozycji na podstawie kosztorysów i jednoczesnego braku kosztorysów dla pozycji 1 i 8 Formularza cenowego, wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie uzyskali pełnej wiedzy i jasności w zakresie wyceny wskazanych pozycji. Z żadnego postanowienia s.i.w.z. nie wynikało również, iż pozycje 1 i 8 powinny być wycenione osobno, z pominięciem kosztorysów szczegółowych. W szczególności uprawnienie do tego rodzaju interpretacji nie wynikało z rozdz. XIV pkt 1 s.i.w.z., zgodnie z którym cena oferty powinna zostać wyliczona przez wykonawcę w oparciu o zakres prac i robót przedstawiony w Opisie Przedmiotu Zamówienia, Dokumentacji projektowej oraz w formularzu kosztorysu do oferty stanowiących załączniki do s.i.w.z. Z treści wskazanego punktu wynikał obowiązek dla wykonawcy uwzględnienia w cenie oferty kompletnego zakresu prac i robót, co też odwołujący wykonał. Nie sposób natomiast wyinterpretować z niego sposobu wyceny pozycji Formularza cenowego, dla których nie przewidziano kosztorysów.

Nie przekonała Izby argumentacja zamawiającego i przystępującego, iż na niekorzyść odwołującego świadczy fakt, iż pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu w sposób właściwy zinterpretowali postanowienia s.i.w.z. i prawidłowo wypełnili poszczególne pozycje Formularza cenowego. Tego rodzaju okoliczności świadczą co najwyżej o tym, iż treść spornych postanowień s.i.w.z. mogła być rozumiana różnorodnie.

W sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów s.i.w.z., zachodzi niejednoznaczność s.i.w.z. Z kolei niejednoznaczność postanowień s.i.w.z. nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na

korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 701 § 4 k.c). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawią, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji."

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego, wyrażonego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego i konsekwentnie podtrzymywanego w postępowaniu przez Izbą, iż odwołujący zmienił treść oferty, a zatem jego oferta jest niezgodna z ustawą i podlega

odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., Izba stwierdza, iż - co do zasady - zgadza się z zamawiającym, iż złożone przez odwołującego wyjaśnienia z dnia 30 sierpnia 2019 roku pozostają w sprzeczności z oświadczeniem wykonawcy złożonym w Formularzu cenowym, niemniej jednak nie mogą one stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy. Izba podkreśla, iż rzeczone sprzeczności dotyczą rozbieżnej wyceny pozycji 1 i 8 w zakresie, w którym odwołujący w Formularzu cenowym w kolumnie wyceny wskazał „-„ w odniesieniu do wskazanych pozycji, natomiast w wyjaśnieniach stwierdził, iż pozycje te zostały wycenione na 0,00 zł. W ocenie Izby brak wyceny, za jaki należy uznać wstawienie oznaczenia „-„, oraz wycena pozycji na 0,00 zł, to dwa różne oświadczenia wykonawcy.

Izba wskazuje wszakże, iż przedmiotowe wyjaśnienia zostały przez wykonawcę złożone w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Podkreślenia wymaga, iż ustawa P.z.p. dopuszcza zmianę treści oferty w kilku sytuacjach. W art. 87 ust. 2. ustawy P.z.p. ustawodawca nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie wykonawcy:

1) oczywistych omyłek pisarskich,

2) oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

Żaden ze wskazanych wyżej przepisów nie znajdzie zastosowania w rozpoznawanym przypadku. Wycena poszczególnych pozycji Formularza cenowego złożonego przez odwołującego nie była obciążona omyłkami. Odwołujący takiej kwestii nie podnosił i nie domagał się poprawienia omyłek.

Rozbieżności w wyjaśnieniach wykonawcy wobec danych zawartych w Formularzu cenowym należy w ocenie Izby zakwalifikować jako złożenie nowej oferty przez odwołującego. Czynność ta jednakże pozostaje bezskuteczna wobec zamawiającego, a to z uwagi na treść art. 82 ust. 1 in principio ustawy P.z.p., zgodnie z którym wykonawca może złożyć jedną ofertę. Jednocześnie, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy P.z.p., zamawiający w s.i.w.z. określa miejsce i termin składania ofert. Złożenie nowej oferty przez odwołującego miało miejsce po terminie składania ofert, pozostaje zatem bezskuteczne wobec zamawiającego. Jednocześnie przepisy ustawy P.z.p. nie przewidują możliwości odrzucenia oferty wykonawcy, który po terminie składania ofert złożył nową ofertę. Jedyną konsekwencją złożenia oferty po upływie terminu składania ofert jest stwierdzenie, iż nie doszło do skutecznego złożenia oświadczenia

woli zawartego w ofercie.

Wskazać również należy, że nawet gdyby, w ślad za zamawiającym, przyjąć, że odwołujący zmienił ofertę, to nadal brak jest podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. Zmiana oferty, zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy P.z.p., jest możliwa przed upływem terminu do składania ofert. Zmiana dokonana po tym terminie nie odnosi skutku wobec zamawiającego. Zamawiający jest zatem obowiązany ocenić ofertę zgodnie z jej pierwotną treścią. Ta zaś nie wskazuje na niezgodność z ustawą i nie stanowi podstaw do jej odrzucenia, co wykazano powyżej.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 548 Stolno - Wąbrzeźno od km 0+005 do km 29+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 15+146.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., 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. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku 8 stycznia 2018 roku sygn. akt: KIO 2711/17,

przepis przewiduje możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli zajdą m.in. następujące przesłanki:

- wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniejszą umowę,

- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny,

- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,

- doszło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie, aby dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Zamawiający, który wyklucza wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., obowiązany jest zatem wykazać, że w przypadku danego wykonawcy zaszły wszystkie przesłanki wskazane w tym artykule.

Podkreślenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy z postępowania o wykonanie zamówienia publicznego jest czynnością, która dla wykonawcy skutkuje najbardziej dolegliwą konsekwencją, tj. brakiem możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Dlatego też wykonawca, którego zamawiający wyklucza z postępowania, jest uprawniony do uzyskania pełnej i wyczerpującej wiedzy co do okoliczności, które zamawiający uznał za potwierdzone w zakresie zaistnienia przesłanek do wykluczenia.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie podał odwołującemu wyczerpującego uzasadnienia czynności wykluczenia do z postępowania. W informacji o wykluczeniu wykonawcy zamawiający stwierdził, iż odwołujący w dniu 11.08.2019 r. przedstawił wyjaśnienia dot. zaistnienia przesłanki o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., w odniesieniu do przedstawionych umów, zastrzegając je jednocześnie jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym zamawiający stwierdził, że nie może odnieść się szczegółowo do poszczególnych aspektów zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy.

Izba wskazuje, że art. 8 ust. 3 ustawy P.z.p. zakazuje zamawiającemu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zakaz ujawniania tych informacji oznacza, że nie mogą one zostać udostępnione innym

wykonawcom. Wykonawca zaś, którego zastrzeżone informacje dotyczą, winien uzyskać nieograniczoną wiedzę w zakresie czynności zamawiającego z nimi związanych. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 roku sygn. akt KIO 1541/19, zgodnie z którym zamawiający nie jest zwolniony z obowiązku przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia odrzucenia oferty w sytuacji, kiedy podstawy faktyczne tego odrzucenia odnoszą się do informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Również w takiej sytuacji wykonawca, którego tajemnicy przedsiębiorstwa to dotyczy, musi otrzymać pełne uzasadnienie czynności odrzucenia. Przyjęcie stanowiska przeciwnego prowadziłoby do zezwolenia na dokonywanie przez zamawiającego arbitralnych i nieweryfikowalnych ocen oraz ograniczałoby prawo wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Brak uzasadnienia faktycznego decyzji o wykluczeniu odwołującego spowodował, iż odwołujący nie mógł odnieść się w sposób wyczerpujący do argumentacji zamawiającego. Zasadnie podnosił, że w piśmie z 11 sierpnia 2019 roku zawarł szereg informacji i złożył dowody na uzasadnienie swego stanowiska, do których zamawiający w ogóle się nie odniósł. Podnieść należy, że zamawiający, decydując się na wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p., winien w sposób szczegółowy zbadać podstawy wykluczenia

z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy. Izba nie podziela stanowiska

zamawiającego wyrażonego na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2019 roku, iż wskazany przepis - w przeciwieństwie do art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy P.z.p. - nie wymaga od zamawiającego przeprowadzenia postępowania dowodowego w zakresie przesłanek wykluczenia. Przyjęcie takiego stanowiska mogłoby prowadzić do nadużyć ze strony zamawiających i do bezpodstawnego wykluczania wykonawców z postępowań.

Analiza informacji o wykluczeniu odwołującego wskazuje, że zamawiający w pełni podzielił stanowisko ZDW w Bydgoszczy w zakresie odstąpienia od umowy „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 548 Stolno - Wąbrzeźno od km 0+005 do km 26+619 z wyłączeniem węzła autostradowego w m. Lisewo od km 14+144 do km 16+146". Podkreślić należy, że pomiędzy ZDW w Bydgoszczy a odwołującym istnieje spór co do przyczyn odstąpienia od umowy. W sporze tym żadna ze stron nie znajduje się na uprzywilejowanej pozycji wobec drugiej strony. Niezasadnym jest zatem przyjmowanie z góry za słuszne stanowiska wyłącznie jednej ze stron.

Wskazać przy tym należy, że z dokumentacji postępowania oraz z oświadczeń stron składanych na rozprawie wynika, że zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu odwołującego pomimo braku stosownych dokumentów, na podstawie których mógłby ustalić istnienie przesłanek wykluczenia. Decyzja o wykluczeniu została podjęta w dniu 13 września 2019 roku, mimo że w tym samym dniu zwrócił się do ZDW w Bydgoszczy z wnioskiem udostępnienie:

1. ugody sądowej z dnia 07.08.2019 r. zawartej przed Sądem Rejonowym Gdańsk — Południe w Gdańsku pomiędzy Zamawiającym ZDW w Gdańsku a konsorcjum firm: Trakcja PRKil S. A. z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz Przedsiębiorstwem Eksploatacji Ulic i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, w której strony uzgodniły warunki rozwiązania umowy nr

50/2017/2018 z dnia 20.01.2017 r.

2. umowy 50/2017/2018 z dnia 20.01.2017 r., której przedmiotem była „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 224 Godziszewo węzeł autostrady A1 Stanisławie" wraz z zawartymi

aneksami;

3. dokumentów dotyczących naliczenia kar umownych z potwierdzeniem, że nie zostały one uchylone i zostały wyegzekwowane lub są dochodzone;

4. dokumentów potwierdzających ew. zatrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zamawiający we wniosku wskazał, że pozyskanie ww. dokumentów jest niezbędne do dalszych prac komisji przetargowej w związku z prowadzonym postępowaniem ZP/5/PN/4/19. Fakt wykluczenia odwołującego pomimo braku wskazanych dokumentów oznacza, że zamawiający nie zbadał, czy istotnie w rozpoznawanej sprawie zaszły przesłanki uzasadniające zakwestionowaną czynność. Nie zasługuje na aprobatę stanowisko zamawiającego wyrażone na rozprawie, iż decyzję o wykluczeniu podjął na podstawie informacji telefonicznej uzyskanej od pracownika ZDW w Bydgoszczy. Rozmowie telefonicznej nie przysługuje walor dowodu, zwłaszcza że zamawiający nie przedstawił nawet notatki

służbowej z przeprowadzenia takiej rozmowy.

Podkreślić należy, że Izba w postępowaniu odwoławczym bada zasadność czynności zamawiającego ujawnioną w informacji przekazanej wykonawcy. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przedstawił bardzo lakoniczną, niepełną informację w zakresie przesłanek wykluczenia wykonawcy, co sam zresztą przyznał w jej treści. Izba dokonując oceny czynności wykluczenia odwołującego z postępowania doszła do przekonania, że zamawiający nie wykazał, iż w rozpoznawanej sprawie zaszły okoliczności uzasadniające wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy P.z.p. i nakazała unieważnienie zakwestionowanej czynności.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.