Sygn. akt:KIO 3224/20

WYROK

z 15 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 11 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 7 grudnia 2020 r. przezJ. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Nersen.pl J. P. z siedzibą
w Niebylcu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miejski Zarząd Dróg
w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających
się o udzielenie zamówienia: Wimed Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Tuchowie oraz M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Bruk-Mar F.H.U. M. G.
z siedzibą w Rzeszowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego
po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Nersen.pl J. P. z siedzibą w Niebylcu
   i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu
   od odwołania.

Stosownie do art 198a ust. 1 i 198b ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020, 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 3224/20

U z a s a d n i e n i e

Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie (dalej Zamawiający)
prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Bieżące utrzymanie
i konserwacja znaków drogowych pionowych i urządzeń bezpieczeństwa ruchu na ulicach zlokalizowanych w granicach administracyjnych Rzeszowa", numer: CZ-I.271.55.155.2020, zwane dalej Postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
24 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 142-349711. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

7 grudnia 2020 r. wykonawca J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Nersen.pl J. P. z siedzibą w Niebylcu (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie,
w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie i w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego (art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp), względnie - z ostrożności, na wypadek uznania także, że sam fakt naliczenia kary umownej przez Zamawiającego względnie kwestionowania prawidłowości i jakości realizowanych przez wykonawcę prac
   był automatycznie równoważny z poważnym wykroczeniem zawodowym i mógł przez to stanowić samoistną i wystarczającą przesłankę wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, bez konieczności badania zasadności naliczenia kary umownej i podstaw do kwestionowania prawidłowości i jakości realizowanych przez wykonawcę prac (w szczególności: faktu i stopnia ewentualnego nienależytego wykonania umowy, z uwzględnieniem przyczyn leżących także po stronie Zamawiającego), Odwołujący czynności Zamawiającego zarzucił również naruszenie:
2. art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania przez niedopełnienie obowiązku wskazania w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego precyzyjnego i merytorycznego uzasadnienia faktycznego, które mogłoby być uznane za udowodnienie spełnienia przesłanek wykluczenia Odwołującego na podstawie
   art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp,
3. art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie we wskazanych wyżej okolicznościach,

a w konsekwencji wszystkich powyższych zarzutów naruszenie:

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Wimed Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Tuchowie oraz M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Bruk-Mar F.H.U. M. G. (dalej: Przystępujący);
3. przeprowadzenia dalszych czynności związanych z badaniem i oceną ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania przed Izbą oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie.

Odwołujący wniósł również o wyłączenie jawności rozprawy w całości, ponieważ całość zarzutów dotyczyła tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, tj. szczegółów realizacji umowy nr 44.TR.2312.1.2019 z 22 maja 2019 r. do zadania pn. Wykonanie oznakowania poziomego ulic miasta Rzeszowa realizowanego na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie, które to informacje nie miały charakteru jawnego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

21 września 2020 r. Zamawiający po raz pierwszy w postępowaniu wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego została poprzedzona wezwaniem Odwołującego 9 września 2020 r. do złożenia wyjaśnień „dotyczących budzącego wątpliwości Zamawiającego oświadczenia w druku JEDZ, iż nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp" oraz odpowiedzią Odwołującego z 11 września 2020 r.

W następstwie wykluczenia Odwołujący 1 października 2020 r. wniósł odwołanie do Izby, które w całości zostało przez Zamawiającego uwzględnione. W konsekwencji 16 października 2020 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o unieważnieniu czynności wykluczenia Odwołującego oraz o ponownym badaniu i ocenie ofert. Następnie, 2 listopada 2020 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień odnośnie oświadczenia Odwołującego w druku JEDZ, iż nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. W odpowiedzi 5 listopada 2020 r. Odwołujący złożył szczegółowe wyjaśnienia. Zamawiający uznał, że nie były one jednak odpowiedziami na faktycznie zadane pytania, wobec czego 12 listopada 2020 r. skierował do Odwołującego kolejne wezwanie do wyjaśnień. Odwołujący 15 listopada 2020 r. złożył szczegółowe wyjaśnienia na ww. wezwanie, ale Zamawiający ponownie uznał je za niewystarczające. Doprowadziło to do ponownego wykluczenia Odwołującego z postępowania 25 listopada 2020 r.

W ocenie Odwołującego uwzględnienie odwołania z 1 października 2020 r. miało charakter pozorny. Zamawiający dostrzegł słabość uzasadnienia wykluczenia Odwołującego, przez co przystąpił do kolejnych wezwań Odwołującego dotyczących przebiegu realizacji umowy nr 44.TR.2312.1.2019 z 22 maja 2019 r. W ocenie Odwołującego celem działań Zamawiającego było zgromadzenie dokumentacji na podparcie kolejnej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. O tym, że opisane działania zostały z góry zaplanowane przez Zamawiającego, świadczyła treść uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z 25 listopada 2020 r., która powiela argumentację wskazaną w uzasadnieniu wykluczenia z 21 września 2020 r.

Przywołane przez Zamawiającego okoliczności, mające wskazywać na nierzetelność Odwołującego w związku z realizacją umowy nr 44.TR.2312.1.2019, miały miejsce w przeszłości - Odwołujący nie zaprzeczył, co do samego faktu zaistnienia takich okoliczności. Niemniej nie zaistniały one jednak z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, co zostało wyjaśnione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w listopadzie 2020 r.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego wskazał na szereg pism i maili, które miały wskazywać na niedbalstwo w realizacji zadań przez Odwołującego (niedbalstwo mające uzasadniać rażące naruszenie obowiązków zawodowych wypełniających dyspozycję art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp), przy czym w żaden sposób nie zostały przedstawione dowody na poparcie tych twierdzeń. Odwołujący nie był wobec tego w stanie odnieść się merytorycznie do zarzutów Zamawiającego. Odwołujący nie mógł również ustosunkować się do twierdzenia, że swoim zachowaniem naraził użytkowników dróg na niebezpieczeństwo w ruchu drogowym. Brak również było dowodów na to, że Zamawiający sam usuwał wady, wobec rzekomego braku reakcji Odwołującego na wezwania do ich usunięcia.

W ocenie Odwołującego przywołane przez Zamawiającego okoliczności nie stanowiły dowodu na poważne i zawinione przez Odwołującego naruszenia obowiązków zawodowych. Tym samym Zamawiający nie miał prawa do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Wszelkie twierdzenia Zamawiającego i wskazane przez niego pisma i maile należało traktować jako jego jednostronne stanowisko, co do przebiegu realizacji umowy pomiędzy stronami.

Zamawiający nie podjął nigdy decyzji o zakończeniu współpracy z Odwołującym.

W przeszłości Zamawiający - mimo sygnalizowania (spornych) uchybień w realizowanych przez Odwołującego zadaniach, kontynuował współpracę z nim, uznając go tym samym za rzetelnego partnera (wykonawcę).

Lakoniczne uzasadnienie wykluczenia uniemożliwiło Odwołującemu pełną polemikę z twierdzeniami z uzasadnienia. Odwołujący nie mógł odnieść się do zarzutu, że celowo dokonał wybiórczej realizacji prac i próbował zawyżyć ilość wykonanych robót wykazaną w obmiarach. Taka sytuacja nie miała miejsca, a Zamawiający nie pokusił się o jej udowodnienie.

Zdaniem Odwołującego nie można każdego uchybienia w realizacji umowy, o ile rzeczywiście wystąpiło i mogło obciążać wykonawcę, automatycznie zakwalifikować jako rażącego naruszenia obowiązków zawodowych (poważnego wykroczenia zawodowego). Samo bowiem pojęcie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oznacza, iż zastosowanie sankcji wykluczenia z postępowania nie może być uzasadnione popełnieniem przez wykonawcę drobnych uchybień, świadczących o niskim kompetencjach zawodowych. Instytucja unormowana w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp nie stanowi narzędzia do wykluczania wykonawców tylko z tego powodu, że mają oni zbyt niskie kompetencje zawodowe do wykonania danego zamówienia (temu celowi służy określanie przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu). Naruszenie

obowiązków zawodowych ma być poważne i zawinione, a także - na co wskazuje art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, ma to być tego rodzaju naruszenie, które podważa uczciwość wykonawcy.
Zdaniem Odwołującego nie można mówić o przedstawieniu przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp,
jeśli informacje te dotyczyły okoliczności znanych zamawiającemu. W takiej sytuacji trudno uznać, że były to informacje mające lub mogące mieć wpływ na decyzje podejmowane
przez zamawiającego. Oświadczenie wykonawcy zamawiający weryfikuje na podstawie posiadanych przez siebie danych i to one mają decydujące znaczenie dla decyzji zamawiającego. Oświadczenie złożone na formularzu JEDZ przez Odwołującego było zgodne z prawdą i nie wprowadzały Zamawiającego w błąd. Nawet gdyby Zamawiający skonkretyzował i udowodnił stawiane w uzasadnieniu wykluczenia zarzuty to ich wystąpienie (o ile wystąpiłyby i wynikałyby z winy Odwołującego) nie można by ich automatycznie zakwalifikować jako poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych przez Odwołującego. Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp jest bardzo poważną czynnością w postępowaniu, która powinna zostać przeprowadzona rzetelnie wraz z rzetelnym udokumentowaniem (udowodnieniem) podstaw podejmowanych przez Zamawiającego decyzji. Czynność taka nie może mieć charakteru automatycznego i musi opierać się na przedstawionych konkretnych środkach dowodowych, które zgodnie
z ww. przepisem obciążają Zamawiającego.
7 stycznia 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający przewidział w treści SIWZ, że z postępowania będą podlegać wykluczeniu wykonawcy wobec których wypełnione zostaną przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Wraz z ofertą wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenia o braku podstaw
o wykluczenia, w formie jednolitego dokumentu (JEDZ). Odwołujący w złożonym dokumencie JEDZ, w części III litera C oświadczył, że nie był winien poważnego wykroczenia zawodowego. Oświadczenie to było sprzeczne z informacjami oraz dowodami którymi dysponuje Zamawiający.

Odwołujący wykonując w 2019 r. umowę na rzecz Zamawiającego nie wykonywał jej należycie. Prace były wykonywane nieterminowo, niechlujnie i niekompletnie. Zamawiający na dowód powyższego złożył całej korespondencji z Odwołującym, w tym korespondencję wzywającą do wykonania prac zgodnie z umową.

Odbiór prac (niedokończonych) w ramach umowy z 2019 r. nastąpił 3 października 2019 r. Zamawiający naliczył kary umowne za nieterminowe wykonanie przedmiotu zamówienia,
a prace niedokończone przez Odwołującego (mimo kilkukrotnych wezwań ze strony Zamawiającego) zostały zlecone do realizacji podmiotowi trzeciemu.

Kary umowne zostały naliczone przez Zamawiającego z tytułu nieterminowego przedstawienia przez Odwołującego dowodów zatrudnienia pracowników na umowę o pracę oraz nieterminowego wykonania zleceń, jak również niewykonania w ogóle części przedmiotu zamówienia. Zamawiający na potwierdzenie powyższego załączył do odpowiedzi na odwołanie szereg dokumentów, wskazując przy tym, że roszczenia wobec Odwołującego zostały tylko w nieznacznym stopniu zaspokojone z gwarancji należytego wykonanie przeznaczonej na okres rękojmi i gwarancji. Łączna kwota kar umownych nałożonych na Odwołującego z tytułu nienależytej realizacji umowy wyczerpała limit kar umownych określony w tej umowie, tj. 25% wartości wynagrodzenia wykonawcy.

Zamawiający nie otrzymał pełnego zwrotu kosztów za wykonawstwo zastępcze, mimo,
że wezwał Odwołującego do zwrotu kwoty 138 796,58 zł tytułem kosztów tego wykonawstwa.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut niewypełnienia przez Zamawiającego obowiązku wskazania w decyzji o wykluczeniu Odwołującego precyzyjnego i merytorycznego uzasadnienia faktycznego. Zamawiający w sposób wyczerpujący uzasadnił dokonaną wobec Odwołującego czynności i szczegółowo wskazał dowody nienależytego wykonania umowy. Biorąc pod uwagę częstotliwość występowania przesłanek uprawniających Zamawiającego do nałożenia na Odwołującego kar umownych podczas realizacji ww. umowy, oraz poziom niedbalstwa, w tym próbę nieuprawnionego przewymiarowania wykonanych robót, wykluczenie Odwołującego z postępowania z tytułu jego rażącego niedbalstwa było zasadne - przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp zostały wypełnione w sposób kumulatywny. Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważyło jego uczciwość, w szczególności, Odwołujący w wyniku zamierzonego działania
lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub należycie wykonał zamówienie, co Zamawiający wykazał powyższe za pomocą stosownych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki były wystarczające do wykazania jego rzetelności. W myśl art. 24 ust. 9 Pzp, wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8. Zamawiający 9 września 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących budzącego wątpliwości Zamawiającego oświadczenia w druku JEDZ.
W odpowiedzi Odwołujący złożył wyjaśnienia, które swym zakresem nie obejmowały całości przedstawionych w wezwaniu zarzutów i nie wyczerpywały dyspozycji art. 24 ust. 8 Pzp. Zamawiający zaprzeczył, że jego ocena sytuacji, co do poważnego i rażącego naruszenia obowiązków zawodowych przez Odwołującego była automatyczna. Zaprzeczył również,
by naruszenie obowiązków dotyczyło drobnych nieprawidłowości.

11 stycznia 2012 r. Przystępujący złożył odpowiedź na odwołanie i podzielił stanowisko Zamawiającego. W ocenie Przystępującego Zamawiający w należyty sposób wykazał

i udowodnił wypełnienie przesłanek wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. Z kolei okoliczność zaistnienia sporu między stronami nie wstrzymywała możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia tego sporu przez sąd.

Przystępujący wskazał ponadto, odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że Pzp nie różnicuje zamawiających pod względem możliwości ich wprowadzenia w błąd – wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który przedstawił informacje wprowadzające
lub mogące wprowadzać w błąd zamawiającego niezależnie od tego, czy dany zamawiający dysponował wiedzą pozwalającą na weryfikację prawdziwości tych informacji. Wprowadzającymi w błąd są wszystkie informacje nieprawdziwe, czyli niemające odzwierciedlenia w rzeczywistości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ,
jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego,

że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także

innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w

wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy", przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.
Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

W części V SIWZ, w punkcie 4.2 Zamawiający wskazał, że przewiduje wykluczenie wykonawcy na postawie art. 24 ust. 5 pkt 2, 4 i 8 Pzp.

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty, przy czym ofertą z najniższą ceną była oferta Odwołującego.

9 września 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia JEDZ w zakresie zadeklarowanego przez Odwołującego braku popełnienia poważnego wykroczenia zawodowego. Zamawiający wskazał, że treść tego oświadczenia jest sprzeczna z informacjami i dowodami będącymi w jego dyspozycji. Informacje te dotyczyły realizacji w 2019 r. przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego umowy
nr 44.TR.2312.1.2019. Przedmiotem tej umowy było wykonanie oznakowania poziomego
na terenie Rzeszowa w podziale na dwa zadania:

1. Odnowa istniejącego i wykonanie nowego oznakowania poziomego ulic zgodnie
   ze zleceniem Zamawiającego, w tym:
   a) oznakowanie cienkowarstwowe,
   b) oznakowanie grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej,
   c) usuwanie starego oznakowania przez frezowanie.
2. Odtworzenie i wykonanie nowego oznakowania poziomego np. po wykonaniu naprawy nawierzchni jezdni, która uległa zniszczeniu, zmianie organizacji ruchu,
   itp. wraz z wytyczeniem oznakowania zgodnie ze zleceniem Zamawiającego:
   a) oznakowanie cienkowarstwowe,
   b) oznakowanie grubowarstwowe w technologii chemoutwardzalnej,
   c) usuwanie starego oznakowania przez frezowanie.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w treści wezwania, prace nie zostały wykonane przez Odwołującego zgodnie z umową i zleceniami. Ponadto Odwołujący próbował zawyżyć obmiary wykonanych robót, natomiast części robót nie wykonał. Zamawiający wskazał ponadto, że wzywał Odwołującego do usunięcia wad z tytułu rękojmi, ale wykonawca nie zareagował na żadne z wezwań.

W odpowiedzi, 11 września 2020 r. Odwołujący potwierdził fakt zaistnienia opóźnień
w realizacji zamówień w przeszłości oraz naliczenia z tego tytułu kar umownych. Odwołujący wskazał jednak, że nie wynikły one z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Odwołujący poinformował ponadto, że Zamawiający powołał się na okoliczności sporne między stronami umowy nr 44.TR.2312.1.2019, które to spory zostaną w niedalekiej przyszłości poddane rozstrzygnięciu przez właściwy sąd powszechny. W ocenie Odwołującego nie było jednak podstaw do zakwalifikowania zaistniałych opóźnień jako poważnego zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych przez Odwołującego,
co w konsekwencji mogłoby statuować po stronie zamawiającego prawo do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. W konsekwencji Odwołujący wskazał, że treść złożonego przez niego oświadczenia była prawdziwa.

21 września 2020 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie
art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp.

1 października 2020 r. Odwołujący wniósł odwołanie od ww. czynności Zamawiającego zarzucając mu naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. 15 października 2020 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie, a dzień później unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania.

2 listopada 2020 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał Odwołującego
do wyjaśnień zadając mu następujące pytania:

1. „Proszę o wyjaśnienie czy zostały wykonane prace zgodnie ze zleceniem nr 50/2019 z dnia 20 września 2019 r., w którym Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie zlecił odnowę oznakowania poziomego, tj. linii P-8bc strzałka

kierunkowa w lewo i do zawracania (10 szt.) na al. Rejtana w rejonie skrzyżowania z ul. Popiełuszki w wyniku czego została naliczona kara umowna w wysokości 22 000 zł?

2. Proszę o wyjaśnienie czy zostały wykonane prace zgodnie ze zleceniem nr 46/2019 z dnia 13 września 2019 r., w którym Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie zlecił wykonanie oznakowania poziomego, tj. czterech stanowisk postojowych dla pojazdów osób niepełnosprawnych w kolorystyce biało-niebieskiej w technologii cienkowarstwowej na parkingu zlokalizowanym wzdłuż ul. Ofiar Katynia w rejonie kładki dla pieszych, w wyniku czego została naliczona kara umowna w wysokości 36 000 zł?

3. Proszę o wyjaśnienie czy zostały wykonane prace zgodnie ze zleceniem nr 48/2019 z dnia 13 września 2019 r., w którym Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie zlecił wykonanie oznakowania poziomego, tj. stanowiska postojowego dla pojazdu osoby niepełnosprawnej w kolorystyce biało-niebieskiej w technologii cienkowarstwowej na ul. Korczyńskiej w rejonie bloku nr 3, w wyniku czego została naliczona kara w wysokości 26 000 zł?

4. Proszę o wyjaśnienie czy zostały wykonane prace zgodnie ze zleceniem nr 39/2019 z dnia 14 września 2019 r., w którym Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie zlecił wykonanie oznakowania poziomego, tj. stanowiska postojowego dla pojazdu osoby niepełnosprawnej w kolorystyce biało-niebieskiej w technologii cienkowarstwowej na ul. Chełmońskiego w rejonie bloku Sportowa 17, w wyniku czego została naliczona kara umowna 92 000 zł?

5. Proszę o wyjaśnienie czy zostały wykonane w terminie prace zgodnie ze zleceniem nr 40/2019 z dnia 14 września 2019 r., w którym Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie zlecił korektę oznakowania poziomego na al. Krzyżanowskiego w rejonie skrzyżowania z al. Armii Krajowej, w wyniku czego została naliczona kara umowna 10 000 zł?

6. Proszę o wyjaśnienie czy zostały wykonane w terminie prace zgodnie ze zleceniem nr 41/2019 z dnia 14 września 2019 r., w którym Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie zlecił korektę oznakowania poziomego na ul. Hetmańskiej w rejonie skrzyżowania z al. Powstańców Warszawy, w wyniku czego została naliczona kara umowna 2 000 zł?

7. Proszę o wyjaśnienie czy zostały przedstawione dokumenty potwierdzające zatrudnienie osób na budowie na podstawie umowy o pracę, zgodnie z wykazem osób przedstawionym w piśmie z dnia 8 kwietnia 2019 r., skierowanym do Wydziału Centralnego Zamawiającego, dotyczącym postępowania nr CH.271.24.69.2019, tj. przetargu pn. Wykonanie oznakowania poziomego ulic Miasta Rzeszowa w którym to piśmie Wykonawca deklaruje zatrudnienie 16 osób na podstawie umowy o pracę, w wyniku czego została naliczona kara umowna 8 000 zł?

8. Proszę o wyjaśnienie czy zostało wykonane kompleksowo oznakowanie poziome (zadanie nr I) pomimo licznych ponagleń przekazanych przez Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie o niezwłoczne wykonanie przedmiotu zamówienia, tzn. w sposób prawidłowy, zgodnie z wiedzą i sztuką budowlaną, umożliwiając dokonanie odbioru robót przez Zamawiającego m.in. na ulicach Kosynierów, Kochanowskiego, Sienkiewicza, Podchorążych, Świadka, Pelczara, ulicach bocznych Podwisłocze, Lubelskiej, Witkacego, Prymasa 1000-Lecia, Kolbego, Pułaskiego i Słowackiego, w wyniku czego 30.08.2019 r. została naliczona kara umowna w wysokości 325 000 zł?

9. Proszę o wyjaśnienie czy zostało wykonane kompleksowo oznakowanie poziome (zadanie nr I) pomimo licznych ponagleń przekazanych przez Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie o niezwłoczne wykonanie przedmiotu zamówienia, tzn. w sposób prawidłowy, zgodnie z wiedzą i sztuką budowlaną, umożliwiając dokonanie odbioru robót przez Zamawiającego, w wyniku czego 04.10.2019 r. została naliczona kara umowna w wysokości 175 000 zł?

10. Proszę o wyjaśnienie czy została wykonana prawidłowo i kompleksowo odnowa oznakowania poziomego ulic Rzeszowa (zadanie nr I) pomimo pism ponaglających o wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z umową nr 44.RT.2312.1.2019 m.in. na ulicach: Bohaterów Westerplatte, Chełmońskiego, Chruściela, al. Cieplińskiego, Goździkowej, Hoffmanowej, Kochanowskiego, Kolbego, Kosynierów, Kresowej, Leskiej, Lubelskiej, Olbrachta, Orzechowej, Potokowej, Pelczara, Podchorążych, boczne ul. Podwisłocze, Prymasa 1000-Lecia, Sanockiej, Sasanki, Sienkiewicza, Słowackiego, Strażackiej, Świadka, Św. Faustyny, Witkacego, Zimowit, Zygmunta I Starego, Żwirki i Wigury?

11. Proszę o wyjaśnienie czy w związku z realizacją zadania nr I zgodnie z umową nr 44.TR.2312.1.2019 Wykonawca w ramach rękojmi wykonał oznakowanie poziome w technologii cienkowarstwowej w związku z wysłanymi pismami nr TR.434.1.1.2020.JZ z dnia 03.02.2020 r., TR.434.1.2.2020.JZ z dnia 14.02.2020 r., TR.434.1.2.2020.JZ z dnia 12.03.2020 r. na nw. ulicach: Jałowego, Kopisto, al. Niepodległości, Osmeckiego, al. Piłsudskiego, Podwisłocze, Starzyńskiego, Staszica, Targowa, Ustrzycka, Raginisa, Zimowit?

12. Proszę o wyjaśnienie czy w związku w związku z brakiem reakcji w kwestii uwag zgłaszanych przez Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie pismami TR.434.1.1.2020.JZ z dnia 3 lutego 2020 r., TR.434.1.2.2020.JZ z dnia 14 lutego 2020 r., TR.434.1.2.2020.JZ z dnia 12 marca 2020 r. dotyczących niezwłocznego odtworzenia w ramach rękojmi oznakowania poziomego wykonanego w technologii cienkowarstwowej Wykonawca zwrócił koszty poniesione w kwocie 138 796,58 zł z tytułu nieusunięcia wad i usterek t. naprawę zastępczą wykonaną przez firmę „DUBR" na nw. ulicach: Jałowego, Kopisto, al. Niepodległości, Osmeckiego,

Al. Piłsudskiego, Podwisłocze, Starzyńskiego, Staszica, Targowa, Ustrzycka, Raginisa, Zimowit, Króla Kazimierza, Plac Farny, Sobieskiego, Sokoła, Szopena, Grunwaldzka?

13. Proszę o wyjaśnienie sytuacji jaka miała miejsce w dniu 19 września 2019 r. podczas procedury komisyjnej weryfikacji obmiarów powykonawczych na losowo wybranych ulicach w której udział brał ze strony Wykonawcy Pełnomocnik – M. K., natomiast ze strony Zamawiającego - Dyrektor MZD w Rzeszowie wraz z pozostałymi członkami komisji, gdzie jednoznacznie stwierdzono w terenie nieprawidłowości polegające na niezgodności ilości faktycznie wykonanego oznakowania poziomego w stosunku do ilości przedstawionych przez Państwa w obmiarze kolaudacyjnym z dnia 29.07.2019 r. na ul. Powstańców Wielkopolskich i na ul. Zimowit do których Państwa przedstawiciel się nie odniósł. Dodatkowo proszę o wyjaśnienie, dlaczego Kierownik Budowy Wykonawcy nie odniósł się w żaden sposób do przedmiotowych nieprawidłowości w obmiarze jak i nie podpisał operatu kolaudacyjnego?

Nieprawidłowości polegały na:

- ul. Powstańców Wielkopolskich - stwierdzono nieprawidłowości polegające na niezgodności ilości faktycznie wykonanego oznakowania poziomego w stosunku do ilości przedstawionych przez Państwa Zamawiającemu w obmiarze operacie kolaudacyjnym ul. Powstańców Wielkopolskich. W przedstawionym obmiarze wpisaliście Państwo wykonanie oznakowania poziomego, m.in. linii P-10 przejście dla pieszych w ilości 92,0 m^2. Natomiast podczas komisyjnego pomiaru wykonanej powierzchni stwierdzono wykonanie jedynie linii P-10 przejście dla pieszych w ilości 14,2 m^2 (natomiast na przyległym wlocie z ul. Powstańców Śląskich została wykonana linia P-10 przejście dla pieszych w ilości 11,2 m^2, co daje sumę 25,4 m^2), co jednoznacznie wskazuje, iż w przedstawionym przez Państwa operacie poświadczacie nieprawdę.
- ul. Zimowit stwierdzono nieprawidłowości polegające na niezgodności faktycznie wykonanego oznakowania poziomego w stosunku do ilości przedstawionych przez Państwa Zamawiającemu w obmiarze operacie kolaudacyjnym ul. Zimowit. W przedstawionym obmiarze wpisaliście Państwo wykonanie oznakowania poziomego, m. in. linii P-10 przejście dla pieszych w ilości 27,0 m^2. Natomiast na ul. Zimowit nie występują linie P-10 przejście dla pieszych, co również co jednoznacznie wskazuje, iż w przedstawionym przez Państwa operacie poświadczacie nieprawdę.

14. Proszę o wyjaśnienie zawyżonych ilości rzekomo wykonanego oznakowania poziomego zawartych w operacie kolaudacyjnym podpisanym i złożonym przez Państwa w dniu 29.07.2019 r. do MZD w Rzeszowie (do każdej z 399 ulic osobna karta obmiaru podpisana i opieczętowana przez Państwa), dotyczącym realizacji zadania I zgodnie z umową nr 44.TR.2312.1.2019 na wykonanie oznakowania poziomego ulic Rzeszowa, w którym podajecie Państwo ilość wykonanego oznakowania poziomego tj. 38 154,16 m^2 natomiast po weryfikacji przedmiotowego operatu przez MZD w Rzeszowie zgodnie ze zleceniami, stwierdzono wykonanie jedynie 33 521,88 m^2. Różnica w obmiarach w stosunku do rzeczywistości wyniosła 4 632,28 m^2 co mogło narazić by Zamawiającego - tj. Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie na stratę w wysokości 103 698,22 zł? Prosimy również o wyjaśnienie dlaczego operat kolaudacyjny nie był podpisany przez Kierownika Budowy jak również nigdy nie odniósł się on do wyżej wymienionych nieprawidłowości w obmiarach".

Odwołujący 5 listopada 2020 r. udzielił odpowiedzi na pytania Zamawiającego o następującej treści:

„Ad. 1 Zlecenie z zadania II zostało odebrane przez Zamawiającego - zgodnie z podpisanym protokołem odbioru oraz wystawioną i rozliczoną FV - Zamawiający na etapie protokołu odbioru nie zgłaszał uwag oraz nie dostaliśmy żadnej informacji o nieprawidłowościach oraz naliczonych karach umownych.

Ad. 2 Zlecenie z zadania II zostało odebrane przez Zamawiającego zgodnie z podpisanym protokołem odbioru oraz wystawioną i rozliczona FV - Zamawiający na etapie protokołu odbioru nie zgłaszał uwag oraz nie dostaliśmy żadnej informacji o nieprawidłowościach oraz naliczonych karach umownych.

Ad. 3 Zlecenie z zadania II zostało odebrane przez Zamawiającego - zgodnie z podpisanym protokołem odbioru oraz wystawioną i rozliczoną FV - Zamawiający na etapie protokołu odbioru nie zgłaszał uwag oraz nie dostaliśmy żadnej informacji o nieprawidłowościach ora naliczonych karach umownych.

Ad. 4 Przy próbie realizacji zlecenia 39/2019 polegającego na wykonaniu oznakowania poziomego stanowiska postojowego dla pojazdu osoby niepełnosprawnej w kolorystyce biało-niebieskiej doszło do kuriozalnej sytuacji z Zamawiającym, Zamawiający uchybił w tym miejscu swojemu obowiązkowi, nie współpracował z Wykonawcą na jego monity o braku możliwości kontaktu z osoba, której pojazd był zaparkowany w miejscu wyznaczonym w zleceniu do oznakowania poziomego, Zamawiający był informowany o fakcie, iż po przystąpieniu do zlecenia nie było możliwości jego wykonania, brak reakcji ze strony Zamawiającego skutkował wstrzymaniem prac do czasu umożliwienia ich wykonania, Przy podpisywaniu protokołu prac z zadania II kończącego umowę Zamawiający posiadał wiedzę o nie wykonaniu zlecenia nie zawinionego przez Wykonawcę. Zamawiający nie informował wówczas o naliczeniu kar umownych, przyjął informacje do wiadomości.

Ad. 5 Zlecenie nr 40/2019 z 14 sierpnia 2019 roku zostało wykonane zgodnie z jego treścią, sytuacja naliczenia kar przedstawia obraz Zamawiającego który działa

na szkodę Wykonawcy obciążając go karami w nieuzasadnionej wysokości oraz sytuacji.

Ad.6 Zlecenie z zadania II zostało odebrane przez Zamawiającego - zgodnie z podpisanym protokołem odbioru oraz wystawiona i rozliczona FV - Zamawiający na etapie protokołu odbioru nie zgłaszał uwag oraz nie dostaliśmy żadnej informacji o nieprawidłowościach oraz naliczonych karach.

Ad. 7 Wykonawca zatrudniał oraz zatrudnia pracowników, w trakcie realizacji zadania został wezwany przez Zamawiającego o przedstawienie dokumentów potwierdzających zatrudnienie, dokumenty zostały przygotowane jednak z wynikłego zamieszania nie zostały złożone u Zamawiającego czego dowiedzieliśmy się po otrzymaniu noty o naliczeniu kar umownej, tutaj wykonawca zawinił i słusznie został obciążony karami, które zapłacił -- poniósł koszty swojego błędu.

Ad. 8 Wykonawca realizował zadanie zgodnie ze zleceniami, o czym informował Zamawiającego odpowiednimi wpisami do dziennika budowy oraz zgodnie z informacja drogą elektroniczna z dnia 27.05.2019 rok składane były codzienne raporty o pracach. Takie informacje powinny wywoływać skutki u Zamawiającego polegające na kontroli w terenie wykonania oznakowania oraz zgłaszanie ewentualnych uwag co do kompletności wykonanego oznakowania, w szczególności iż zlecenia nie obejmowały dokładnie sprecyzowanego wykazu linii - późniejsze twierdzenia Zamawiającego o nie kompleksowym wykonaniu prac objętych zadaniem pierwszym są nie do przyjęcia i traktujemy je jako celowe działania Zamawiającego wymierzone w Wykonawcę.

Fakt, że umowa określa jasno, iż przystąpienie do Zadania II, odbędzie się po zakończeniu Zadania oraz to że Zamawiający zlecał prace objęte Zadaniem II od sierpnia 2019 r., iż uznał prace z zadania I za wykonane.

Ad. 9 Odpowiedź jak na pytanie 8.

Ad. 10 Odpowiedź jak na pytanie 8.

Ad. 11 W sprawie usunięcia usterek jasno sprecyzowaliśmy swoje zdanie na spotkaniu z Dyrektorem, iż nie otrzymaliśmy dokładnej informacji które elementy oznakowania poziomego wskazanego w wezwaniu należy poprawić, nie otrzymaliśmy wyników badań potwierdzających fakt, iż oznakowanie wykonane nie spełnia wymogów ujętych w specyfikacji technicznej ujętej przy zamówieniu jedyna notatka służbowa pracownika stwierdzająca iż oznakowanie jest złe, wg nas nie skutkuje wezwaniem nas do wykonania poprawek w szczególności bez wskazania dokładnego miejsca oraz metrażu.

Luty i marzec nie są miesiącami w których wykonywane jest oznakowanie poziome ze względu na panującą porę roku oraz zmieniające się warunki atmosferyczne które uniemożliwiają wykonywanie prac przy oznakowaniu poziomym. W związku z powyższym, czekaliśmy na wypełnienie przez Zamawiającego naszych uwag oraz na poprawę warunków atmosferycznych.

Ad.12 Nawiązując do odpowiedzi na pytanie 11, spór traktujemy jako spór cywilny i jeżeli niezawisły Sąd Powszechny nakaże nam prawomocnym wyrokiem zapłatę za podobno wykonane poprawki przez firmę DUBR, to zapłacimy a do czasu wyroku wstrzymujemy się z regulacja kwoty 138 796,58.

Ad. 13 W odpowiedzi na pytanie oraz na przytoczone w nim informację chciałbym odpowiedzieć, krótko i rzeczowo: Brak woli Zamawiającego który argumenty Wykonawcy traktował jak powietrze tzn. iż ulica Powstańców Wielkopolskich oraz ulica Paderewskiego nie są rozgraniczone w sposób mogący jednoznacznie ustalić podział oznakowani poziomego i nigdy Zamawiający nie pochylił się nad sprawdzeniem kompleksowo ulicy Paderewskiego oraz Powstańców Wielkopolskich w ilości oznakowania poziomego zgłoszonego do operatu. Jedynym rozwiązaniem oraz udzieleniem jednoznacznej odpowiedzi jest ewentualna opinia Biegłego w postepowaniu Sądowym. Co do ulicy Zimowit, nastąpiła pomyłka podczas obmiarów ale od tego jest Weryfikacja przez Zamawiającego aby kontrolować i wyłapywać błędy wykonawcy- żadne zamierzone działanie nie miało tu miejsca

Ad. 14 Odpowiadając na pytanie nr 14 z wezwania z dnia 02.11.2020 r. zadam pytanie: do czego, do jakich działań Zamawiającego Wykonawca miałby się ustosunkować?

-Czy skład komisji weryfikował w terenie obmiary podane w operacie?

-Czy wszystkie prace objęte zleceniami zostały odebrane i zapłacone przez Zamawiającego?

-kiedy i jaką metoda były weryfikowane obmiary podane przez wykonawcę?

-proszę o podanie osób, które wykonywały pomiary mówiące o zawyżeniu podanych obmiarów w operacie

-dlaczego nikt nie podpisał się pod weryfikacja obmiarów w terenie?

Biorąc całokształt realizacji zadania od podpisania umowy w dniu 24.05.2019 r., a nie jak twierdzi Zamawiający 22.05.2020 r. Dlaczego? Odpowiem proszę policzyć daty oraz sprawdzić czy w dniu 24.05.2019 r. osoby z ramienia MZD były w pracy oraz proszę sprawdzić fakt kiedy został wysłany wzór umowy z CZ do MZD i najważniejsze kiedy minął ostatni dzień na podpisanie umowy zgodnie z UZP".

12 listopada 2020 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień. Zamawiający uznał, że treść pisma Odwołującego z 5 listopada 2020 r. nie stanowiła odpowiedzi na wezwanie. W konsekwencji Zamawiający ponownie zadał Odwołującemu
ww. zacytowane pytania.

16 listopada 2020 r. Odwołujący udzielił takiej samej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przy czym załączył do niej kserokopie szeregu dokumentów –
m. in. korespondencji z Zamawiającym w sprawie oraz protokołu z 18 grudnia 2019 r. oraz załączonej do niego dokumentacji.

25 listopada 2020 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie
art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. W uzasadnieniu dokonanej czynności Zamawiający wskazał, że oświadczenie Odwołującego w oświadczeniu JEDZ było nieprawdziwe i wprowadzało Zamawiającego w błąd w

zakresie stwierdzenia, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z powodu dopuszczenia się poważnego wykroczenia zawodowego. Ponadto Zamawiający wskazał:

„Wykonanie oznakowania poziomego ulic miasta Rzeszowa realizowanego na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie przez cały okres trwania umowy nie wykonywał
jej należycie. Prace były wykonywane nieterminowo, niechlujnie i niekompletnie,
co Zamawiający wzywając do wykonania prac zgodnie z umową, wielokrotnie podkreślał
w mailach i pismach kierowanych do Wykonawcy (...)". Zamawiający wymienił również szereg maili i pism jakie skierował do Odwołującego w związku z realizacją Umowy z 2019 r.:

1. wezwania:
   a) do niezwłocznego kontynuowania odnowy oznakowania poziomego,
   b) do zaniechania naruszeń warunków umowy w zakresie nieprawidłowej realizacji odtwarzania oznakowania poziomego,
   c) do zgłaszania zakończenia prac i podpisania i uzupełniania dziennika budowy przez kierownika budowy;
2. pismo z 20 września 2019 r. wskazujące na niezgodność przedstawionych przez Wykonawcę obmiarów, niepodpisanych przez kierownika Budowy z wersyfikacją obmiarów w terenie oraz wzywające do zweryfikowania przedstawionych obmiarów zgodnie ze stanem faktycznym, a nadto wzywające do prawidłowej realizacji odtwarzania oznakowania poziomego poprzez zakończenie robót z umowy,
3. pismo z 25 października 2019 r. wzywające ponownie do stawiennictwa na odbiór oraz ponownie wzywające do zaniechania naruszeń warunków umowy w zakresie nieprawidłowej realizacji odtwarzania oznakowania poziomego przez niezakończenie robót z umowy,
4. pismo z 3 lutego 2020 r. wzywające do niezwłocznego odtworzenia w ramach rękojmi i gwarancji oznakowania poziomego wykonanego w technologii cienkowarstwowej (oraz dalsze wezwania w tej sprawie).

Zamawiający wskazał ponadto: „Nadto w chwili obecnej Zamawiający nie otrzymał pełnego zwrotu kosztów za wykonawstwo zastępcze, gdzie pismem wzywającym do zwrotu kosztów wykonawstwa zastępczego za nieusunięte wady i usterki stwierdzone w okresie rękojmi oznakowania wykonanego w technologii cienkowarstwowej wzywał do zwrotu poniesionych kosztów na kwotę 138 796,58 zł, (Pismo Zamawiającego znak TR.434.1.4.202.KZ z dnia 17.09.2020 r.), gdzie zabezpieczenie należytego wykonania robót tylko do 30 tysięcy złotych jest w stanie pokryć koszty wykonawstwa zastępczego".

Oceniając zarzuty odwołania Izba przeprowadziła dowód z dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania oraz dokumentów złożonych przez Zamawiającego jako załączniki do odpowiedzi na odwołanie (w tym korespondencji wymienionej w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z 25 listopada 2020 r. wraz z dokumentacją fotograficzną).

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że wykluczenie Odwołującego
z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp było zasadne.

Dokumentacja fotograficzna złożona jako dowód przez Zamawiającego potwierdza
rażąco niedbałą realizację prac wykonanych przez Odwołującego w ramach
umowy 44.TR.2312.1.2019. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, wykazane przez Zamawiającego przykłady nieprawidłowości w realizacji przedmiotowej umowy nie stanowiły pojedynczych, odosobnionych usterek. Wskazać przede wszystkim należy, że niektóre
z udokumentowanych przez Zamawiającego przypadków miały szczególnie jaskrawy charakter:

1. namalowanie napisu TAIX zamiast TAXI w ramach oznakowania buspasa
   (ul. Piłsudskiego, zdjęcie z 3 czerwca 2019 r.),
2. jednoczesne namalowanie przecinającej przejście dla pieszych linii podwójnej ciągłej oraz linii przerywanej (ul. Strażacka, zdjęcia z 9, 23 i 25 września 2019 r.),
3. namalowanie oznakowania miejsc parkingowych bez uprzedniego usunięcia starego oznakowania (ul. Pelczara – zdjęcia z 24 lipca 2019 r., 13 i 23 września 2019 r.,
   ul. Kosynierów, zdjęcia z 23 września 2019 r.),
4. namalowanie miejsca parkingowego w lokalizacji, gdzie ze względu na obecność stałych przeszkód (słupków) nie jest możliwe zaparkowanie pojazdu
   (ul. Sienkiewicza, zdjęcie z 25 lipca 2019 r.).

Opisanych nieprawidłowości wykonawca nie mógł nie zauważyć. Dlatego w ocenie Izby świadczą one o tym, że Odwołujący nie zachował choćby minimum staranności realizując ww. elementy przedmiotu zamówienia.

Dokumentacja fotograficzna złożona przez Zamawiającego obejmuje łącznie kilkadziesiąt zdjęć stanowiących dowód na wyjątkowo niechlujną realizację przez Odwołującego umowy 44.TR.2312.1.2019. Oznakowanie zostało namalowane krzywo i niedbale. Potwierdziło
się przy tym twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący w niektórych przypadkach zamiast namalować określone elementy w całości od nowa, poprzestał na uzupełnieniu
ich szczególnie zatartych części (np. przejście dla pieszych przez ul. Lubelską, zdjęcie
z 25 lipca 2019 r.). Dokumentacja fotograficzna oraz korespondencja między stronami potwierdza również twierdzenie Zamawiającego o niskiej trwałości wykonanych przez Odwołującego prac i szybkim wycieraniu się namalowanego oznakowania.

Jakość prac wykonanych przez Odwołującego była tak niska, że niemożliwym jest
by Odwołujący nie miał świadomości, że nie realizuje umowy w sposób choćby dostateczny. Zamawiający złożył dowody, z których wynika, że wielokrotnie wzywał Odwołującego
do realizacji Umowy nr 44.TR.2312.1.2019 w sposób zgodny z jej wymogami. Zamawiający wzywał też Odwołującego do usunięcia stwierdzonych nieprawidłowości. Mimo
to Odwołujący nie polepszył jakości realizowanych prac. W ocenie Izby Odwołujący działał świadomie i co najmniej godził się na to, że nie realizuje umowy w sposób zgodny
z jej wymogami.

Złożona przez Zamawiającego w charakterze dowodu korespondencja z Odwołującym potwierdza, że współpraca z wykonawcą była utrudniona. Na część pism i maili Zamawiającego Odwołujący w ogóle nie reagował. Nie można zatem mówić o poprawnej współpracy między stronami w toku realizacji zamówienia, ale wobec treści złożonych przez Zamawiającego dowodów winę za ten stan należy przypisać w głównej mierze Odwołującemu.

Jak zostało opisane wyżej, czynność wykluczenia została poprzedzona dwukrotnym wezwaniem Odwołującego do wyjaśnień – 2 i 12 listopada 2020 r. W ocenie Izby niektóre
z pytań postawionych w treści wezwań de facto stanowiły zarzuty Zamawiającego wobec Odwołującego, ale nie budzi wątpliwości, że Odwołujący miał możliwość złożenia wyjaśnień
i zaprezentowania swojego punktu widzenia w sprawie.

Izba uznała za nieudowodnione twierdzenia Zamawiającego o wykazaniu przez Odwołującego realizacji w operacie kolaudacyjnym dwóch, nieistniejących w rzeczywistości przejść dla pieszych. Zamawiający w żaden sposób nie potwierdził również prawdziwości twierdzenia o konieczności wybrania wykonawcy zastępczego – Zamawiający nie wykazał
by taki wykonawca rzeczywiści zrealizował jakieś prace, gdzie, za jaką cenę i na jakich zasadach. Mimo to, biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny nie budzi wątpliwości Izby,
że Odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe.
Odwołujący realizując Umowę nr 44.TR.2312.1.2019 wykonywał swoje obowiązki niedbale
i nie reagując w sposób należyty na kolejne wezwania ze strony Zamawiającego.
Tym samym niestosowanie się przez Odwołującego do wymogów Umowy
nr 44.TR.2312.1.2019 oraz żądań Zamawiającego było uporczywe i konsekwentne.
W konsekwencji Izba uznała, że wypełnione zostały przesłanki określone w art. 24 ust. 5
pkt 2 Pzp, w tym przesłanka podważenia uczciwości wykonawcy.

W ocenie Izby nie zostały wypełnione przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowaniana podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Podstawą faktyczną wykluczenia było uznanie Zamawiającego, że Odwołujący wprowadził go w błąd przez wskazanie w treści JEDZ,
iż nie podlega wykluczeniu z tytułu nienależytej realizacji wcześniejszej umowy.

Nie ulega wątpliwości, że między Zamawiającym, a Odwołującym istnieje głęboki spór,
co do sposobu i efektów realizacji umowy z 2019 przez Odwołującego. Tym samym trudno było oczekiwać – w sytuacji gdy Odwołujący uważał, iż przedmiotową umowę zrealizował należycie – że wprowadził Zamawiającego w błąd.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp mimo, że okazał się zasadnym nie miał wpływu na wynik postępowania wobec uznania wykluczenia Odwołującego na podstawie
art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp za prawidłowe. W konsekwencji Izba oddaliła odwołanie w całości
i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości
i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

…….