

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski
Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2017 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M.S. i S.S. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Z.O. s.c. M.S., S.S. z siedzibą w G., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie, przy udziale wykonawcy J.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „D.” J.F. z siedzibą w L., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.599,99 zł (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych 99/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Olsztynie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

2

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa budynku nr 11 (kościół garnizonowy) ze zmianą sposobu użytkowania nieużytkowego poddasza na użytkowe na potrzeby działalności duszpasterskiej wraz z infrastrukturą techniczną (na terenie kompleksu wojskowego B.), znak sprawy: 75/RB, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 29 maja 2017 r., pod nr 520093-N-2017.

18 lipca 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu m.in. o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia – M.S. i S.S. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Z.O. s.c. M.S., S.S. z siedzibą w G. oraz o uznaniu ich oferty za odrzuconą.

Powyższe czynności zaskarżone zostały odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) w dniu 24 lipca 2017 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 oraz art. 24 ust. 9 w zw. z art. 24 ust. 8 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego

oraz o przyznanie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w unieważnieniu Postępowania, bowiem jego oferta, w przypadku uwzględnienia odwołania, a w konsekwencji nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, będzie ofertą najkorzystniejszą i jako taka zostałaby wybrana przez Zamawiającego.

3

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp wynika, iż 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, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, jeżeli zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaroszeniu do negocjacji, a nie upłynęły 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

W ślad za powyższym Zamawiający w pkt VI SIWZ przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisu. Nadto, Odwołujący realizując obowiązek wynikający z pkt VII SIWZ złożył oświadczenie, że pomimo że zachodzą przesłanki do jego wykluczenia z Postępowania, to zarówno okoliczności czynu skutkującego niewykonaniem poprzedniej umowy, jak i przedsięwzięte czynności naprawcze gwarantują prawidłową realizację zadania objętego Postępowaniem.

Zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na powyższej podstawie, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które relatywnie odpowiadają zapobieganiu dalszym nieprawidłowościom w postępowaniu wykonawcy. W rezultacie, zgodnie z 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 tego przepisu. Ocena całokształtu okoliczności wprawdzie będąca uznaniową, w żadnym razie nie może służyć dla eliminowania wykonawcy w sposób dowolny, ale winna mieć uzasadnienie znajdujące oparcie w ogólnych zasadach postępowania, w szczególności uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Odwołujący wyjaśnił, że umowa nr 113/WB/2016 z 22 sierpnia 2016r. (dalej „Umowa”), której niewykonanie stało się kanwą dla rozpoznawania obecnie złożonej oferty i zastosowania dyspozycji wynikającej z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, dotyczyła wykonania robót budowlano-montażowych po uprzednim opracowaniu programu inwestycji i dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania: przebudowa systemu wentylacji pomieszczeń warsztatu ślusarskiego w zakresie wentylacji technologicznej w budynku nr 18 dla potrzeb RZI w Olsztynie w systemie „zaprojektuj i wybuduj”.

4

Na skutek nienależytego wykonywania obowiązków pracownik Odwołującego, koordynując realizację poszczególnych faz projektowych niezbędnych dla finalnego

sporządzenia Projektu Inwestycji oraz sporządzenia Zestawienie Kosztów Zadania, dopuścił do ich nieterminowego wykonywania. W konsekwencji uzgodnienia terenowe i formalne niezbędne dla realizacji projektu branży teletechnicznej z Regionem Wsparcia Teleinformatycznego w Olsztynie przeprowadzone zostały w styczniu 2017 r. W ich wyniku okazało się, że opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik do SIWZ, w swoim zakresie rzeczowym zawierał istotne błędy w pkt IX ust. 2 tiret 17 i 18, które zostały pierwotnie przyjęte jako prawidłowe podczas przygotowywania oferty przetargowej.

Powyższe kwestionowane postanowienia wskazywały, że w zakres rzeczowy wchodzi budowa kanalizacji teletechnicznej o długości ok. 80 m wraz z budową 4 studni kablowych oraz wciągnięcie kabla światłowodowego w istniejącą i projektowaną kanalizację teletechniczną od budynku nr 18 do budynku nr 1 wraz z 1 łączeniem go do LCN i SUFO o długości ok. 500m. Na skutek przeprowadzonych uzgodnień z przedstawicielem wspomnianego Regionu Wsparcia Teleinformatycznego w Olsztynie okazało się, że łączna długość niezbędnej do wybudowania kanalizacji teletechnicznej to nie 80 m, ale co najmniej 380 m. Różnica ta wynikała z niedopuszczalności – w świetle zaleceń służby Kontrwywiadu Wojskowego w zakresie zapewnienia ochrony elektromagnetycznej systemów do informacji niejawnych – teleinformatycznych przeznaczonych

przetwarzania

wciągnięcia kabla (a w zasadzie 4) światłowodowego w znaczną część istniejącej kanalizacji teletechnicznej, co w rezultacie wymagałoby wybudowania nowej kanalizacji teletechnicznej poprowadzonej w terenie zielonym poza dotychczas zakładanym terenem inwestycji. Dodatkowo niezbędnym byłoby poniesienie kosztów na nie przewidzianą w opisie przedmiotu zamówienia szafę krosującą (koszt ok. 15 000 zł) oraz znaczne zwiększenie kosztów światłowodów. Łączny koszt dodatkowy wyniósłby co najmniej 100 000 zł.

Po dokonaniu analizy kosztów dodatkowych, nieprzyjętych do szacowania, a koniecznych do wykonania Odwołujący, mając na uwadze zarówno powyższe okoliczności, jak i nie mogąc działać na szkodę spółki, podjął decyzję o odstąpieniu od umowy, jak się okazało w tym samym dniu w którym uczynił to Zamawiający, tj. 13 lutego 2017r. Odwołujący podał, że zastrzeżenia, o których mowa wyżej zostały przekazane Zamawiającemu na spotkaniu poprzedzającym ostateczne rozwiązanie umowy i miały niewątpliwie wpływ na znaczne zwiększenie kwoty przeznaczonej na powyższą inwestycję w nowym postępowaniu przetargowym dla tego zadania (nr 28/RB) i w konsekwencji ustalenie wartości umowy na kwotę 612.540,00 zł (umowa z Odwołującym opiewała na kwotę 388.050,00 zł).

Odwołujący uznając, że w toku przygotowywania oferty przetargowej w tym postępowaniu winien był dokonać sprawdzenia prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia oraz mając świadomość, że to na skutek nienależytego wykonywania obowiązków koordynacyjnych jego pracownik spowodował nieterminową realizację projektu, dokonał zmian organizacyjno-kadrowych. Powołał zespół pracowników weryfikujących na poszczególnych etapach przygotowania ofert rzetelność opisu przedmiotu zamówienia w zakresie formalnym i faktycznym przez przeprowadzanie m.in. wizji terenowej, czyniąc koordynatorem P.T.. Dodatkowo pracownik Odwołującego wyznaczony do kierowania pracami projektowymi, a który winien był zaniedbać, G.K., został ukarany karą nagany, a współpraca z B.P. „B.” sp. z o.o. z siedzibą w O. realizującą nieterminowo prace projektowe w zakresie budownictwa została zerwana. Nadto, niezwłocznie po wezwaniu przez Zamawiającego Odwołujący zapłacił karę umowną w wysokości 15% wartości brutto umowy.

Odwołujący dodał, że ponieważ niewykonana umowa zawarta była z Zamawiającym przyczyny odstąpienia od jej realizacji były mu znane, tak jak i fakt uiszczenia kary umownej oraz podjęte kroki w zakresie wewnętrznych zmian organizacyjno-kadrowych. Wyrazem uznania Odwołującego za wykonawcę rzetelnego było zaproszenie go – już w dniu 15 maja 2017r. – do złożenia oferty cenowej na wykonanie robót budowlanych w postępowaniu nr 70/RB. Rzetelnie przygotowana oferta okazała się być najkorzystniejszą, skutkiem czego było zawarcie umowy nr 59/WB/2017 z dnia 18 maja 2017r. na kwotę 441.965,90 zł brutto. Zamawiający nie wykluczył Odwołującego z postępowania, a tym samym nie odrzucił oferty, pomimo tego, że w ust. 8 zaproszenia do złożenia ofert zawarł stosowne zastrzeżenie. Przedmiot umowy został zrealizowany i odebrany protokołem odbioru końcowego z dnia 8 czerwca 2017r., gdzie wskazano, że jakość robót jest wzorowa,

realizacja robót została zakończona przed terminem, zaś wszelkie dokumenty, w tym dokumenty powykonawcze branż budowlanej i elektrycznej teletechnicznej doręczone terminowo.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, w pełni potwierdziło skuteczność wprowadzonych zmian organizacyjno-kadrowych i dyscyplinujących. W świetle powyższego uznanie za niewystarczające wyjaśnień Odwołującego złożonych w toku Postępowania jest nieuzasadnione i arbitralne naruszając art. 24 ust. 9 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, a opiera się na „obawie” Zamawiającego. W żadnym razie nie można przyjąć, że Zamawiający zachował zasady bezstronnego traktowania kontrahentów i przejrzystości Postępowania, gdy w maju 2017 r. uznał Odwołującego za rzetelnego powierzając mu realizację zadania, a w lipcu 2017 r. odmawia mu tego przymiotu, pomimo tożsamości okoliczności w jakich Odwołujący się znajduje.

6

Odwołujący podkreślił, że jeżeli Zamawiający powziął właśnie w przedmiotowej sprawie wątpliwości winien je zasignalizować, a skoro tego zaniechał uniemożliwiając Odwołującemu przedstawienia dodatkowych, uzupełniających dowodów na tzw. samooczyszczenie, naruszył tym samym art. 24 ust. 8 i 9 Pzp.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. umowy nr 113/WB/2016 Zawartej z Zamawiającym 22 sierpnia 2016 r. wraz z załącznikiem w postaci opisu przedmiotu zamówienia – dowód O1,
2. oświadczenia z 13 lutego 2017 r. o odstąpieniu przez Odwołującego od ww. umowy – dowód O2,
3. informacji z otwarcia ofert z 13 marca 2017 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 28/RB – dowód O3,
4. rozstrzygnięcia ww. postępowania z 18 kwietnia 2017 r. – dowód O4,
5. zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty cenowej z 15 maja 2017 r., zawiadomienia o terminie przeprowadzenia negocjacji z 16 maja 2017 r., informacji z otwarcia ofert z 17 maja 2017 r., protokołu komisijnego odbioru końcowego z 9 czerwca 2017 r. – dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki nr 70/RB – dowody O5 ,

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

Na wstępie Zamawiający przytoczył okoliczności związane z niewykonaniem wcześniejszego zamówienia, które stało się przyczyną wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Wyjaśnił, że 13 lutego 2017 r. odstąpił od umowy z konsorcjum, którego liderem był Odwołujący, dotyczącej wykonania robót budowlano-montażowych po uprzednim opracowaniu programu inwestycji i dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla zadania – przebudowa systemu wentylacji pomieszczeń warsztatu ślusarskiego w zakresie wentylacji technologicznej w budynku nr 18 dla potrzeb RZL w Olsztynie w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, zawartej w postępowaniu nr 111/RB z 2016 r. (umowa nr 113/WB/2016 z 22 sierpnia 2016 r.).

Umowa opiewała na kwotę 388.050,00 zł brutto. W trakcie postępowania przetargowego zostały złożone 3 oferty, nie stwierdzono rażąco niskiej ceny w ofercie najkorzystniejszej (-24,05% w stosunku do wartości zamówienia brutto i -13,33% w stosunku do średniej arytmetycznej ofert). Zamawiający oszacował przedmiot zamówienia na kwotę 510.956,76 zł brutto, średnia arytmetyczna cen ofert, złożonych w postępowaniu nr 111/RB z 2016 r. wyniosła 447.730,00 zł.

7

Zgodnie z § 6 ust. 2 umowy wykonawca w terminie 4 tygodni od jej podpisania powinien zorganizować na terenie realizowanego zadania naradę koordynacyjną w celu przedstawienia Zamawiającemu i Użytkownikowi koncepcji programu inwestycji, umożliwiającej akceptację proponowanych rozwiązań funkcjonalnych, technicznych i materiałowych. Wykonawca do dnia 13 lutego 2017 r. tej narady nie zorganizował i nie przedstawił koncepcji programu inwestycji.

Zgodnie z § 2 ust. 1 i 2 Wykonawca w terminie do 10 października 2016 r. miał

opracować i przedłożyć Zamawiającemu program inwestycji, a do 30 listopada 2016 r. opracować dokumentację budowlaną wraz z pozyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę. Wyszczególnionych opracowań Wykonawca do dnia 13 lutego 2017 r. nie złożył. Przekazanie terenu budowy miało nastąpić do dnia 10 stycznia 2017 r., co określa § 2 ust. 3 umowy 113/WB/2016, a wykonanie robót budowlanych, tj. zakończenie całej umowy miało nastąpić do dnia 17 sierpnia 2017 r.

Zamawiający pismami 11 października 2016 r., 20 grudnia 2016 r., 5 stycznia 2017 r. 1 lutego 2017 r. oraz 3 lutego 2017 r. wzywał Wykonawcę do wywiązywania się z obowiązków umownych dotyczących opracowania dokumentacji budowlanej, które do dnia 13 lutego 2017 r. nie przyniosły oczekiwanego rezultatu.

Ponadto, sam Wykonawca, pismem z 13 lutego 2017 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy powołując się na niedoszacowanie ceny oferty.

W związku z odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy na podstawie art. 491 § 1 K.c. z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, tj. z powodu niewykonania umowy w zakresie braku zorganizowania narady koordynacyjnej, braku opracowania i dostarczenia Zamawiającemu programu inwestycji oraz kompletnej dokumentacji budowlanej wraz z pozwoleniem na budowę, Wykonawcy naliczono karę umowną za odstąpienie, zgodnie z § 18 ust. 6 umowy 113/WB/2016 w wysokości 15% całkowitego wynagrodzenia brutto Wykonawcy, tj. 58.207,50 zł, która została uiszczona w dniu 8 marca 2017 r.

Zamawiający podkreślił, że wykluczenie Odwołującego miało miejsce w okresie 3 lat od dnia zaistnienia zdarzenia będącego jego podstawą (do odstąpienia od umowy 113/WB/2016 r. z winy Odwołującego doszło w dniu 13 lutego 2017 r., czyli graniczną datą jest dzień 13 lutego 2020 r.).

Zamawiający wskazał, że Odwołujący złożył wraz z ofertą trzy oświadczenia dotyczące przesłanek wykluczenia z Postępowania, w których oświadczył, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp, a następnie oświadczył, że odstąpienie od umowy nastąpiło na jego wniosek, wobec braku w SIWZ wymagań dla robót teletechnicznych, w tym miejsca włączenia i trasy sieci teletechnicznej, co skutkowało

8

błędym przyjęciem zakresu robót. Odwołujący podał przy tym, że zapłacił naliczoną karę umowną oraz, że zabezpieczył się na przyszłość przez powołanie zespołu pracowników oddelegowanych do sprawdzenia prawidłowości sporządzanych ofert.

Zamawiający stwierdził, że nie może zgodzić się z taką argumentacją. Postępowanie 111/RB z 2016 r. polegało na zleceniu robót w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, a więc rolą Wykonawcy było przyjęcie odpowiednich rozwiązań projektowych. Ponadto Wykonawca nie zgłaszał takich uwag na etapie postępowania i nie wniósł żadnych wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. Zarówno w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ – załącznik nr 2 do SIWZ), jak i w programie funkcjonalno-użytkowym (PFU – załącznik nr 4 do SIWZ) Zamawiający opisał jakie opracowania mają wchodzić w skład projektu budowlano-wykonawczego branży teletechnicznej oraz określił zakres rzeczowy w pkt V.2 OPZ, m. in. w branży teletechnicznej, tj.:

- budowę kanalizacji teletechnicznej o długości około 80m wraz z budową 4 – studniakablowych,
- wciągnięcie kabla światłowodowego w istniejącą i projektowaną – kanalizację teletechniczną od budynku nr 18 do budynku nr 1 wraz z włączeniem go do LCNi SUFO o długości około 500m,
- budowa szafy RAC w pomieszczeniu nr 3 budynku nr 18, –
- rozbudowa istniejącego systemu SAP budynku poprzez doprowadzenie sygnału – z budynku do pomieszczenia oficera dyżurnego i SUFO w budynku nr 1.

Odwołujący twierdził w oświadczeniu, że oszacował jedynie 100m kanalizacji teletechnicznej, a rzeczywistość powinno być 1000m. Z kolei w odwołaniu powołał się na przedstawiciela Regionu Wsparcia Teleinformatycznego (RWT), nie wskazując imienia i nazwiska tej osoby, z którym dokonał uzgodnień na łączną długość niezbędnej do wbudowania kanalizacji teletechnicznej na co najmniej 380m. Odwołujący powołał się ponadto na zalecenia Służby Kontrwywiadu Wojskowego (SKW) w zakresie zapewnienia ochrony elektromagnetycznej systemów teleinformatycznych przeznaczonych do przetwarzania informacji niejawnych, z których ma rzekomo wynikać wciągnięcie 4 kabli światłowodowych w znaczną część istniejącej kanalizacji, co w rezultacie wymagałoby

wybudowania nowej kanalizacji teletechnicznej, poza dotychczas zakładanym terenem inwestycji. Odwołujący nie potwierdził tych informacji żadnym dowodem – dokumentem, pismem, notatką. Zamawiający nie ma wiedzy o żadnych ustaleniach z przedstawicielem RWT i nie może ich w żaden sposób potwierdzić, nie ma wiedzy również o przytoczonych zaleceniach SKW.

9

Co istotne, w ponowionym postępowaniu o nr 28/RB z 2017 r. Zamawiający podtrzymał zakres rzeczowy OPZ i nie dokonał żadnych zmian w długości kanalizacji teletechnicznej. Również obecny wykonawca umowy nr 53/WB/2017 z dnia 8 maja 2017 r. nie informował Zamawiającego o żadnych problemach i niezgodnościach OPZ ze stanem rzeczywistym robót do wykonania.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający określił wymagania dla robót teletechnicznych w sposób pozwalający Wykonawcy na prawidłową wycenę robót w ofercie. Obecna umowa z nowym wykonawcą, przy tożsamym zakresie rzeczowym przedstawionym w OPZ, została zawarta na kwotę 612.540,00 zł, a więc znacznie wyższą niż pierwotnie zakładał Zamawiający w postępowaniu nr 111/RB z 2016 r. To Odwołujący zatem błędnie oszacował przedmiot zamówienia, niezgodnie z SIWZ, w ofercie złożonej w postępowaniu nr 111/RB z 2016 r. Wszelkie konsekwencje związane ze złożeniem błędnie opracowanej oferty, w tym, jak wskazuje Odwołujący, polegające na narażeniu jego przedsiębiorstwa na stratę, są zatem zawinione przez samego Odwołującego.

Odnosząc się do procedury samooczyszczenia przewidzianej w art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, warunkiem *sine qua non* procedury samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie. Jeszcze raz podkreślić w tym miejscu należy, że podstawą do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy nr 113/WB/2016 z 22 sierpnia 2016 r. było długotrwałe niewykonywanie przez Odwołującego obowiązków umownych w zakresie zorganizowania narady koordynacyjnej, opracowania i dostarczenia Zamawiającemu programu inwestycji oraz kompletnej dokumentacji budowlanej wraz z pozwoleniem na budowę. Mimowielokrotnych monitów Zamawiającego, Wykonawca nie tylko nie wykonał należycie ww. obowiązków, lecz również nie sygnalizował Zamawiającemu przeszkód, które skutkować miałyby brakiem możliwości terminowego wywiązania się z umowy. Z tego względu Zamawiający odstąpił od umowy, obciążając Wykonawcę karą umowną, którą ten dobrowolnie uiścił.

10

W konsekwencji, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w ramach procedury samooczyszczenia powinny odnosić się do charakteru popełnionego deliktu i zmierzać do wykazania podjęcia środków naprawczych celem uniknięcia w przyszłości podobnych nieprawidłowości. Wykonawca co prawda podjął próbę samooczyszczenia w oświadczeniach dotyczących przesłanek wykluczenia z Postępowania, jednak nie przedstawił Zamawiającemu, jakie czynności zostały przez niego podjęte, by przy realizacji nowego zadania zminimalizować ryzyko opóźnień. Skupił się jedynie na środkach podjętych celem uniknięcia niedoszacowania ofert w przyszłości, lecz ta okoliczność nie stanowiła przyczyny popełnienia przez niego deliktu polegającego na niewykonaniu umowy w terminie. Wykonawca wskazał bowiem w odwołaniu, że błędne opracowanie przez niego oferty wyszło na jaw dopiero w wyniku uzgodnień terenowych i formalnych z Regionem Wsparcia Teleinformatycznego w Olsztynie, które przeprowadzone zostały w styczniu 2017 r. Wykrycie ww. błędu nastąpiło zatem w czasie, gdy Odwołujący już od kilku miesięcy opóźniał się z organizacją narady koordynacyjnej, dostarczeniem programu inwestycji oraz dokumentacji

budowlanej.

W związku z brakiem otrzymania od Wykonawcy chociażby twierdzeń wskazujących na podjęcie środków zaradczych, adekwatnych do popełnionego przewinienia, w ocenie Zamawiającego niecelowym było wzywianie go do przedstawienia dowodów na okoliczność powołania specjalnego zespołu pracowników, mającego czuwać nad przygotowywaniem ofert pod względem prawno-finansowym, skoro Odwołujący nie przedstawił argumentów świadczących o tym, że to właśnie nieprawidłowe przygotowanie oferty doprowadziło do niewykonania obowiązków umownych w terminie. Wręcz przeciwnie, Odwołujący w odwołaniu wskazał, że do opóźnienia w realizacji umowy 113/WB/2016 doszło na skutek nienależytego wykonania obowiązków przez pracownika koordynującego realizację poszczególnych faz projektowych, niezbędnych dla finalnego sporządzenia Projektu Inwestycji, co doprowadziło do przesunięcia czynności związanych m. in. z uzgodnieniami terenowymi w ramach branży teletechnicznej. Dopiero w odwołaniu wskazał, że nałożył na pracownika wyznaczonego do kierowania pracami projektowymi karę nagany oraz zerwał współpracę z B.P. „B.” sp. z o. o. z siedzibą w O. realizującą nieterminowo prace projektowe. Aby zasadnie można było oczekiwać od Zamawiającego wezwania Wykonawcy do przedstawienia dowodów na ww. okoliczności przed jego wykluczeniem, tego typu wyjaśnienia powinny zostać zawarte już w oświadczeniach dotyczących przesłanek wykluczenia z Postępowania, w których Odwołujący podjął próbę samooczyszczenia.

Abstrahując od powyższego, również w odwołaniu Wykonawca nie przedstawił dowodów świadczących o faktycznym nałożeniu na pracownika kary nagany lub zerwania współpracy z biurem projektowym. Z tego względu Zamawiający sądzi, że w rzeczywistości

11

takie dowody nie istnieją. Nawet jednak gdyby Odwołujący przedstawił tego typu dowody, zostałyby one uznane przez Zamawiającego za niewystarczające do skutecznego samooczyszczenia, ponieważ Zamawiający współpracuje aktualnie z Odwołującym przy innych zadaniach i niemal na każdym z nich pozostaje on w zawinionym przez siebie opóźnieniu.

Zamawiający podkreślił również, że sam fakt zapłacenia kary umownej nie jest wystarczający, aby uznać, że Odwołujący będzie w przyszłości prawidłowo realizował swoje obowiązki, tak więc opłacenie kary umownej w wysokości 15%, naliczonej za odstąpienie od umowy nr 113/WB/2016 nie jest argumentem w sprawie.

Następnie Zamawiający przedstawił wykaz umów realizowanych obecnie przez Odwołującego w ujęciu tabelarycznym (tabela nr 1):

		Pierwotny termin umowny
Tryb		
Nr umowy/ procedury przetargowej/ Whiskowany przez Wykonawca Lp. Wartość umowna Wykonawcę termin data zawarcia brutto nr zadania/ (przyczyny miejscowość przedłużenia terminu wykonania)		
Konsorcjum 35/WB/2015 Przetarg nieograniczony Odwołujący		10.06.2017 r.
1	Zad. 35014 8.564.843,75 zł 02.04.2015 r. W. + 15.08.2017 r. T.B.U.G.G.	
Przetarg		
2	149/WB/2015 nieograniczony Jw. 5.940.100,00 zł 29.05.2017 r. 06.11.2015 r. Zad. 35015 30 07 2017 r. W.	
		18.10.2016 r. Przetarg 10.06.2017 r.
153/WB/2015 nieograniczony Zgłoszenie do odbioru 3 Odwołujący 1.476.770,00 zł 23.11.2015 r. Zad. 35063 -		24.07.2017 r. O. 01.08.2017 r.
Przetarg Konsorcjum 4 68/WB/2016 nieograniczony Odwołujący 1.415.000,00 zł 26.08.2017 r. 02.06.2016 r. Zad. 35084 + T.B.U.G.G.		
		17.08.2017 r.
Przetarg odstąpienie od umowy 113/WB/2016 nieograniczony z dniem 13.02.2017 r.		
5	22.08.2016 r. Zad. 35115 Jw. 388.050,00 zł - niewykonanie	

6 nieograniczony 132/WB/2016 Odwołujący 13.07.2017 r. 1.370.000,00 zł Zad. 35083 16.09.2016 r. +

B. O.T.S.sp. j. Wolna ręka

Odwołujący 7- 31.05.2017 r. 59/WB/2017 441.965,90 zł ze względu na 19.06.2017 r. 18.05.2017 r. +

85.011,92 zł=

Powiązana istotny interes 526.977,82 zł (zmiana terminu ze z umową bezpieczeństwa względu na roboty 64/WB/2016 państwa dodatkowe branży (kontynuacja Zad. 35116 budowlanej i zaniechanie zadania) G. elementu robót branży elektrycznej i

teletechnicznej) Protokół odbioru z dnia 08.06.2017 r.

Zamawiający zauważył, że w umowach z poz. 1, 2, 3 i 6 tabeli nr 1 został naruszony termin wykonania. Odwołujący w odniesieniu do umów z poz. 1-3 powyższej tabeli, pismami z 16 maja 2017 r., wnosił o przedłużenie terminu realizacji z powodu konieczności wykonania robót dodatkowych, jednakże do dnia zakończenia terminu umownego nie uzupełnił poprawnych dokumentów, umożliwiających zmianę umów w postaci aneksu, tj. protokołów konieczności, kosztorysów ofertowych, aktualnych tabel elementów rozliczeniowych i harmonogramów rzeczowo-finansowych. Zgodnie z postanowieniami umów przed zmianą Pzp w 2016 r., Zamawiający przewidywał zmianę terminu zakończenia realizacji robót w przypadku zwiększenia zakresu robót, potwierdzonego zawarciem z wykonawcą umowy na roboty dodatkowe. Na podstawie wewnętrznych przepisów Zamawiającego, wymagane jest uprzednie zawarcie protokołu konieczności na roboty dodatkowe. Protokół zatwierdza kierownik Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że w przypadku umowy z poz. 3 tabeli nr 1 taka zmiana nie będzie możliwa, gdyż brak jest ku temu podstaw prawnych, a Odwołujący popadł w znaczne opóźnienie. Warunkiem koniecznym do przygotowania aneksu było dostarczenie przez niego potwierdzonych przez inspektorów nadzoru protokołów konieczności na roboty dodatkowe, które do dnia 31 grudnia 2016 r. nie zostały dostarczone. W przypadku umowy z poz. 6 tabeli nr 1 Odwołujący nie wnosł o zmianę terminu i do dnia sporządzenia niniejszej odpowiedzi na odwołanie nie zgłosił robót do odbioru.

W konsekwencji przedstawionych argumentów Zamawiający oświadczył, że Odwołujący ma poważne problemy z realizacją umów w 2017 r., co zaprzecza skuteczności rzekomo podjętych przez niego środków organizacyjno-kadrowych, które miałyby korzystnie wpłynąć na terminową realizację robót.

Zamawiający wyjaśnił, że ani art. 24 ust. 8 i 9 Pzp, ani żaden inny przepis Pzpnie przewiduje po stronie zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do przedstawienia dowodów zmierzających do skutecznego samooczyszczenia. Inaczej należy w tym kontekście ocenić sytuację, w której zamawiający zamierza wykluczyć wykonawcę z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy na rzecz innego podmiotu, o czym powziął wiedzę bez udziału wykonawcy lub sytuację, w której wykonawca składa oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, a Zamawiający uważa inaczej. W takim przypadku wykluczenie wykonawcy bez wcześniejszego zasygnalizowania takiego zamiaru,

należałoby uznać za nieuprawnione, gdyż faktycznie prowadziłoby do pozbawienia go możliwości skorzystania z procedury samooczyszczenia.

Odmienne sytuacja przedstawiała się jednak na gruncie niniejszej sprawy. Podstawa wykluczenia wynikała z wcześniejszych relacji Odwołującego z Zamawiającym, obie strony znały okoliczności, które legły u podstaw odstąpienia od umowy nr 113/WB/2016 i obciążenia Odwołującego karą umowną. Należy zatem uznać, że Zamawiający nie miał obowiązku odrębnego sygnalizowania zamysłu wykluczenia Odwołującego i dodatkowego wzywania go do przedstawienia odpowiednich dowodów. Wykonawca doskonale zdawał sobie sprawę z podstawy wykluczenia i przyczyn odstąpienia Zamawiającego od wcześniejszej umowy (niewykonanie w terminie obowiązków umownych), dając temu wyraz w złożonych oświadczeniach o podstawie wykluczenia, w których przedstawił wyjaśnienia

mające na celu samooczyszczenie. Odwołujący miał zatem wówczas możliwość przedstawienia dowodów swojej i skuteczności środków zaradczych rzetelności wprowadzonych celem wyeliminowania opóźnień, czego jednak nie zrobił.

Z ostrożności Zamawiający stwierdził, że nawet gdyby uznać, że doszło do naruszenia przepisów Pzp przez brak dodatkowego wezwania Odwołującego do przedstawienia dowodów zmierzających do wykazania jego rzetelności, to ww. naruszenie nie miało by wpływu na wynik Postępowania. Biorąc pod uwagę rodzaj środków zaradczych przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu (nagana udzielona pracownikowi, zerwanie współpracy z biurem projektowym), złożenie dowodów na ich wdrożenie nadal byłoby niewystarczające do zmiany negatywnej oceny Odwołującego, skoro w czterech spośród pięciu realizowanych obecnie na rzecz Zamawiającego zadaniach Odwołujący pozostaje w opóźnieniu względem terminów umownych.

Odnosząc się do postępowania 111/RB z 2016 r. i umowy nr 113/ WB/2016 r., której nienależyte wykonanie stało się podstawą podjęcia zaskarżonej odwołaniem czynności, Odwołujący wspomina, że roboty dodatkowe wymagałyby poniesienia przez niego dodatkowych kosztów, wycenionych na co najmniej 100.000,00 zł. Zamawiający nie został o tym poinformowany w trakcie realizacji umowy nr 113/WB/2016. W systemie zaprojektuj i wybuduj zazwyczaj nie można mówić o robotach dodatkowych, skoro wykonawca sam projektuje i sam buduje, natomiast gdyby taki wniosek został do Zamawiającego złożony, to zapewne zostałby uwzględniony, ponieważ jego ewentualna realizacja przyniosłaby większe korzyści, niż obecnie zawarta umowa, gdyż łączny koszt wykonania umowy nr 113/WB/2016 wyniósłby 488.050,00 zł, co pozwoliłoby zaoszczędzić środki budżetowe. Ponadto na przykładzie umowy nr 59/WB/2017 z dnia 18 maja 2017 r. (poz. 7 tabeli nr 1) można stwierdzić, że Zamawiający jest w stanie sfinansować ewentualne zamówienia dodatkowe, a Odwołujący jest tego świadomy. W 2015 r. Odwołującemu

14

udzielono z wolnej ręki 3 zamówień dodatkowych na roboty budowlane oraz 4 zamówień w roku 2016, wg. poniższej tabeli:

Lp. Nr umowy i data Tryb postępowania/ rodzaj robót Wykonawca Wartość umowna zawarcia brutto 2015 r.

Wolna ręka

1. roboty dodatkowe branży bud. 154/WB/2015 Odwołujący 209 000,00 zł oraz dodatkowe i zamienne 23.11.2015 r. branży elektrycznej i teletechnicznej

161/WB/2015 Wolna ręka 18.12.2015 r. roboty dodatkowe branży budowlanej, 2. Odwołujący 2 031 052,12 zł sanitarnej, elektrycznej, teletechnicznej

162/WB/2015 Wolna ręka r. roboty dodatkowe branży budowlanej, 3. Odwołujący 484 000,00 zł 28.12.2015 sanitarnej

2016 r.

43/WB/2016 Wolna ręka 1. roboty zamienne branży Odwołujący 115.000,00 zł 21.04.2016 r. budowlanej

Konsorcjum

2. 49/WB/2016 Wolna ręka roboty dodatkowe branży Odwołujący 176 751,00 zł 05.05.2016 r. elektrycznej + T.B.U.G.G.

Konsorcjum 63/WB/2016 Odwołujący

3. 25.05.2016 r. Wolna ręka roboty dodatkowe + 91 397,62 zł

T.B.U.G.G.

131/WB/2016 Wolna ręka roboty dodatkowe branży 4. Odwołujący 119 310,00 zł 16.09.2016 r. elektrycznej

Ponadto zgodnie z przepisem przejściowym – art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020) – do jednej, nie ujętej powyżej umowy z Odwołującym, występującym w konsorcjum, również sporządzono aneks zwiększający wynagrodzenie

umowne, w związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych (umowa nr (...)). Taki aneks sporządzono także na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp do umowy nr (...) (poz. 7 tabeli nr 1).

Gdyby zatem faktycznie przyczyną niewykonania w terminie umowy nr (...) było nieprawidłowe opracowanie oferty przez Odwołującego na skutek wadliwego OPZ, to z pewnością sygnalizowałby ten fakt Zamawiającemu i wnosił o zmianę umowy przez powierzenie mu dodatkowych prac, czego nie uczynił. Powyższe świadczy o nieprawdziwej

15

przyczynie odstąpienia od umowy przez Odwołującego. Poza tym odstąpienie zostało dokonane bez podstawy prawnej – ani umowa nr (...), ani K.c. nie przewidują odstąpienia od umowy przez wykonawcę z powodu niedoszacowania zamówienia.

Odnosnie zarzutów w stosunku do zawarcia z Odwołującym umowy nr (...) z dnia 18 maja 2017 r., w sprawie zamówienia 70/RB z 2017 r., dotyczącego wymiany nawierzchni płaszczyzny utwardzonej dla potrzeb urządzeń radiolokacyjnych wraz z wymianą drabinek metalowych na plastikowe w m. Giżycko dla potrzeb Jednostki Wojskowej 5699 Przasnysz, Zamawiający otrzymał pisemne polecenie od Szefa Infrastruktury Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych z dnia 12 maja 2017 r., do niezwłocznego podjęcia działań, celem zakończenia ww. inwestycji do dnia 31 maja 2017 r., zgodnie z wymaganiami użytkownika obiektu. Ponieważ Zamawiający miał niewiele czasu, zdecydował się na zastosowanie procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki z art 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający skierował zaproszenie do złożenia oferty do Odwołującego, gdyż był on wykonawcą zamówienia podstawowego – umowa nr (...) z dnia 30 maja 2016 r., z terminem wykonania do dnia 30 maja 2017 r. Odwołujący wprowadził przyspieszył realizację robót w ramach tej umowy, wykonując zadanie w terminie 15 listopada 2016 r., tym niemniej w 2017 r. okazało się, że wykonane roboty nie spełniają wymagań Użytkownika obiektu i mogą powodować wadliwe działanie urządzeń radiolokacyjnych. Zamawiający w terminie 2 tygodni musiał, ze względu na istotny interes bezpieczeństwa państwa, doprowadzić do poprawienia wojskowego, co systemu dla infrastruktury kompleksu uniemożliwiało wykonanie potrzeb urządzeń radiolokacyjnych. Gdyby umowa nr (...) nie została zakończona przed czasem, Zamawiający prawdopodobnie podpisałby z Odwołującym protokół konieczności na roboty dodatkowe oraz zawarł aneks zwiększający wynagrodzenie umowne.

Zamawiający podkreślił również, że sporządził rozeznanie rynku, uzyskując jeszcze 2 oferty cenowe, znacznie przewyższające plan finansowy w wysokości 500.000,00 zł. Ponieważ Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo, mieszczącą się w planie finansowym, Zamawiający zaprosił go do negocjacji i podpisał z nim umowę. Zlecenie robót Odwołującemu było również korzystniejsze ze względu na gwarancję i rękojmię udzieloną na wykonane roboty w ramach umowy nr (...). Zlecenie robót innemu Wykonawcy mogłoby naruszyć warunki gwarancji i rękojmi.

W przypadku omawianej umowy również wystąpiły roboty dodatkowe branży budowlanej i zaniechanie elementu robót branży elektrycznej i teletechnicznej, na co zawarto aneks nr 2 oraz aneksem nr 1 przedłużono termin wykonania do dnia 19 czerwca 2017 r. Roboty odebrano w dniu 8 czerwca 2017 r.

16

Zamawiający nadmienił, że powyższe roboty były możliwe do realizacji w zaledwie 3 tygodnie, a więc były to roboty mało skomplikowane, w których ponad połowę wartości stanowiły materiały budowlane. Ponadto roboty wymagały powołania jedynie kierownika budowy i kierownika robót w branży budowlanej i elektrycznej, a zwykle Zamawiający zleca wykonanie robót również w branżach: sanitarna i teletechniczna i wymaga powołania dla tych branż kierowników robót, analogicznie jak w postępowaniu nr 75/RB.

Zamawiający wymaga w Postępowaniu wykonania robót etapowo, aby kościół garnizonowy mógł pełnić swoje funkcje, a więc jest to obiekt czynny. Kościół należy także do zespołu koszar, ujętego w gminnej ewidencji zabytków. Zamawiający wymaga także znakowania kodem kreskowym wyposażenia i sprzętu, zakupionego w ramach robót, zgodnie z decyzją nr 3/MON z dnia 3 stycznia 2014 r. Zamawiający przewidział minimalny termin wykonania robót na 395 dni, a maksymalnie na 456 dni. Roboty te są więc bardziej czasochłonne i pracochłonne oraz wymagają od wykonawcy większego zaangażowania,

zarówno kadrowo-organizacyjnego, jak i finansowego.

Biorąc pod uwagę ww. różnice w charakterze robót powierzonych Odwołującemu na podstawie umowy nr (...) z dnia 18 maja 2017 r. oraz robót będących przedmiotem postępowania nr 75/RB, nie sposób stwierdzić, że udzielając Odwołującemu zamówienia w ramach postępowania nr 70/RB – umowy nr (...), Zamawiający automatycznie uznał skuteczność wprowadzonych przez niego zmian organizacyjno-kadrowych

Zamawiający rzekomo wprowadzonych i dyscyplinujących. kwestionuje efektywność środków zaradczych tym bardziej, że Odwołujący wciąż opóźnia się z wykonaniem pozostałych zamówień udzielonych mu przez Zamawiającego przed 2017 r.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 28/RB – dowód Z1,
2. pism Odwołującego z 16 maja 2017 r. dotyczących przedłużenia terminów realizacji zadań 35063, 35015 W., 35014 W. – dowody Z2,
3. pisma Szefa Infrastruktury do kierownika Zamawiającego z 12 maja 2017 r. dotyczącego zadania 35116 – dowód Z3,
4. wyciągów z kosztorysów ofertowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 70/RB – dowody Z4.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca J.F. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „D.” J.F. z siedzibą w L., wnosząc o oddalenie odwołania.

17

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska. Odwołujący wniósł dodatkowo o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści listu gratulacyjnego z 9 maja 2017 r. (dowód O6).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba postanowiła o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę J.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „D.” J.F. z siedzibą w L. stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki warunkujące skuteczność przystąpienia, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, oferty Odwołującego i zawiadomienia go o wykluczeniu z Postępowania uznając, że przedstawiony przez strony stan faktyczny nie budzi wątpliwości i nie wymaga odrębnego, dodatkowego omówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołanie należało oddalić.

Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia była prawidłowość dokonanej przez Zamawiającego oceny skuteczności wskazanych przez Odwołującego środków w ramach tzw. samooczyszczenia. Odwołujący złożył bowiem oświadczenie, że podlega wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, wobec czego prowadzona przez niego w odwołaniu i na rozprawie polemika odnośnie przyczyn niewykonania wcześniejszej umowy zawartej z Zamawiającym oraz przedstawione w tym zakresie dowody (zob. dowody O1-O4 i Z1), pozbawione były doniosłości prawnej.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Odwołującego w zakresie podjętych przez niego środków mających zapobiegać dalszym nieprawidłowościom w jego postępowaniu skład orzekający uznał, że Odwołujący nie przeprowadził skutecznie procedury tzw. *self-cleaningu*, w konsekwencji czego czynność wykluczenia go z Postępowania odpowiadała prawu.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że Odwołujący w treści oświadczenia załączonego do oferty, poza informacją o naprawieniu wyrządzonej Zamawiającemu szkody (zapłaceniu kary umownej), co Izba uznała za niewystarczające do wykazania rzetelności

Odwołującego, wskazał wyłącznie na podjęcie jednego środka mającego dowodzić jego rzetelności, a to powołanie zespołu pracowników weryfikującego na poszczególnych etapach przygotowywania oferty rzetelność opisu przedmiotu zamówienia. Pozostałe, wymienione dopiero w odwołaniu działania kary pracowniczej, (wymierzenie zakończenie współpracy z kontrahentem) nie mogły zostać wzięte przez skład orzekający pod uwagę. Warto przypomnieć, że w świetle przepisu art. 24 ust. 9 Pzp, ocena skuteczności czynności samooczyszczania należy do zamawiającego, w konsekwencji czego uznać należy, że musi być dokonywana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś w postępowaniu odwoławczym. Rolą Izby jest, jak wspomniano, kontrola prawidłowości dokonanej oceny, wobec czego nie może się ona opierać na okolicznościach nieznanach zamawiającemu w momencie podejmowania weryfikowanej w postępowaniu odwoławczym decyzji.

Po drugie skład orzekający podziela zapatrywania Zamawiającego o braku adekwatności zastosowanego przez Odwołującego środka do charakteru popełnionego deliktu. Trzeba mieć na względzie, że przepis art. 24 ust. 8 Pzp stanowi o środkach odpowiednich dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. O ile można zgodzić się z twierdzeniem, że powołanie zespołu mającego weryfikować prawidłowość sporządzanych opisów przedmiotów zamówień może wpłynąć pozytywnie na proces szacowania cen ofert, zapobiegając, przykładowo, składaniu ofert z cenami rażąco niskimi, o tyle środek taki, w ocenie Izby, nie przekłada się na terminowość realizacji zamówień. Przypomnieć należy, że choć wskazywaną przez Odwołującego podstawą odstąpienia od wcześniejszej umowy z Zamawiającym było niedoszacowanie ceny oferty, to jednak Odwołujący konsekwentnie pomija, że w dacie odstąpienia od umowy pozostawał on w opóźnieniu z przyczyn, za które ponosił odpowiedzialność, o czym świadczy wskazanie przez niego na istnienie podstaw do wykluczenia go z Postępowania. W przekonaniu składu orzekającego terminowość wykonywania prac, w zakresie zależnym od wykonawcy, determinowana jest m.in. wielkością potencjału (osobowego, sprzętowego) zaangażowanego w realizację zamówienia, jego właściwościami (np. wykształcenie, doświadczenie), organizacją pracy, sposobem jej wykonywania, itp. Na podjęcie takich działań Odwołujący nie powołał się ani w treści oświadczenia, ani w odwołaniu.

Także okoliczność, że po niezrealizowaniu umowy nr (...) Odwołującemu udzielone zostało kolejne zamówienie nie mogła zostać uznana za potwierdzającą skuteczność procedury samooczyszczania. Nie zmienia ona bowiem faktu, że Odwołujący złożył w Postępowaniu oświadczenie o podleganiu wykluczeniu z uwagi na niewykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po jego stronie, co rodziło po stronie Zamawiającego obowiązek dokonania oceny, czy środki, o

których podjęciu Odwołujący poinformował w treści oświadczenia, są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu Odwołującego. Ocena ta, jak wspomniano, nie mogła być pozytywna z uwagi na powołanie się na działanie, które nie wywiera wpływu na terminowość wykonywania obowiązków umownych, której brak legł u podstaw niewykonania zamówienia objętego umową nr (...). W konsekwencji skład orzekający stwierdził nieprzydatność dowodów O5 oraz Z3 i Z4 do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Podobnie oceniony został również przedstawiony przez Odwołującego na rozprawie dowód O6, który stanowić może co najwyżej potwierdzenie jakości wykonywanych przez Odwołującego robót, która nie była przedmiotem sporu w tej sprawie.

Pozostałe argumenty Zamawiającego Izba uznała za chybione.

Przed wszystkim skład orzekający nie zgadza się z Zamawiającym w kategoriowej ocenie, że o braku skuteczności zastosowanego przez Odwołującego środka świadczyć miałyby negatywne doświadczenia z aktualnie realizowanych z nim umów. Przedstawiony przez Zamawiającego materiał dowodowy (dowody Z2) uznany został za wybiórczy i uniemożliwiający kompleksową ocenę przyczyn niedotrzymywania przez Odwołującego terminów umownych, co jednak nie miało wpływu na ocenę prawidłowości decyzji Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....