

WYROK

z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2020 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Polska Grupa Zbrojeniowa S.A. z siedzibą w Radomiu, Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM” sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia H. C. - POZNAŃ S.A. z siedzibą w Poznaniu; WB ELECTRONICS S.A. z siedzibą w Ożarowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Inspektorat Uzbrojenia w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”,

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem pn.: „Pozyskanie Mobilnego mostu składanego MLC-70/100 do pokonywania średnich przeszkód wodnych i terenowych”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 21 listopada 2019 r., pod nr 2019/S 225-552938.

20 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Polską Grupę Zbrojeniową S.A. z siedzibą w Radomiu, Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM” sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach („Odwołujący”) o jego wykluczeniu z Postępowania, co zostało zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) 30 kwietnia 2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 131 e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24. ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt. 3 oraz naruszenie art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ Zamawiający (1) wykluczył Odwołującego, pomimo że wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, (2) błędnie uznał, że wykonanie umowy po terminie przesądza o jej nienależytym wykonaniu, (3) błędnie uznał, że wykonanie umowy po terminie i udzielenie z tego tytułu przez Ośrodek Badawczo-Rozwojowy Urządzeń Mechanicznych „OBRUM” sp. z o.o. (dalej „Wykonawca O”) opustu cenowego oznacza, że umowa została nienależycie wykonana, (4) oceniając spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności, Odwołujący wskazał na okoliczność spełnienia warunku umowy o wartości 100x większej od wymaganej przez Zamawiającego, a Zamawiający uznał, że wykonanie ich po terminie skutkuje brakiem wykazania spełnienia warunku, (5) naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia był zobowiązany do wykazania w zakresie zdolności technicznej wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu dźwigu (żurawia) samojezdnego lub konstrukcji mostów składanych o wartości brutto co najmniej 1.000.000,00 zł. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy zobowiązali byli złożyć wykaz wykonanych usług w okresie 5 lat przed upływem terminu składania wniosku do udziału w postępowaniu z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu na rzecz których usługi zostały wykonane, wraz z dołączeniem dowodów potwierdzających, że usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący, w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku, złożył wykaz usług obejmujący realizację zamówień:

1. Dostawa 8 szt. platform bezobsługowych jednostek radiolokacyjnych JBR-15, tj. hydraulicznych urządzeń zabudowanych na podwoziu realizujących pracę podnoszenia i opuszczania oraz stabilizacji systemu radarowego; odbiorca PIT-RADWAR S.A., wartość umowy brutto 29.500.320,00 zł;
2. Wyprodukowanie i dostawa 10 kpl. mostów towarzyszących na podwoziu samochodowym MS-20 obejmująca wprowadzenie zmian do dokumentacji; odbiorca Inspektorat Uzbrojenia, wartość umowy brutto 70.681.950,00 zł;
3. Realizacja pracy rozwojowej dotyczącej Mobilnego mostu składanego MLC 70/110 do pokonywania średnich przeszkód wodnych i terenowych MS-40 obejmującej zaprojektowanie i wykonanie mostu; odbiorca Inspektorat Uzbrojenia; wartość umowy brutto 33.475.600,00 zł.

Już w wykazie wykonanych usług Odwołujący wskazał, że: „ W/w Umowy zostały wykonane po terminie. Wykonawca stoi na stanowisku, iż w świetle przepisów kodeksu cywilnego oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych, wykonanie umowy po terminie nie oznacza jej nienależytego wykonania i tym samym Wykonawca ma prawo powoływać się na w/w umowy w celu wykazania spełnienia warunku kwalifikacji technicznych wykonania zamówienia, (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2008 r. V CSK 182/08 LEX nr 619662 oraz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.07.2018 r.,

sygn. akt KIO 1252/18). Nadto Wykonawca wskazuje, że wartość każdego z zamówień wymienionych w wykazie wielokrotnie przekracza minimalną wartość zamówienia wymaganą zgodnie z pkt. III.2.3 ogłoszenia”.

Pomimo powyższego wyjaśnienia Zamawiający, pismem z dnia 16.01.2020 r., wezwał Odwołującego do złożenia wykazu wykonanych usług wskazując w szczególności, że w przypadku umów wymienionych w wykazie opóźnienie wynosiło 330 i 1764 dni.

W przesłanej odpowiedzi Odwołujący dokonał korekty wykazu usług uznając argumenty Zamawiającego, że „Dostawa 8 szt. platform bezobsługowych jednostek radiolokacyjnych JBR-15, tj. hydraulicznych urządzeń zabudowanych na podwoziu realizujących pracę podnoszenia i opuszczania oraz stabilizacji systemu radarowego” nie wpisuje się w definicję urządzenia dźwigowego oraz mostu składanego. Co do pozostałych pozycji Wykazu Odwołujący podtrzymał stanowisko, że wymienione tam usługi zostały wykonane należyście, ponieważ w świetle przepisów kodeksu cywilnego oraz Pzp wykonanie umowy po terminie nie oznacza nienależytego jej wykonania.

Zamawiający w piśmie informującym o wykluczeniu Odwołującego z dnia 20.04.2020 r., kwestionując spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej, uznał, że ponieważ obie umowy wskazane przez Odwołującego wykonane zostały po terminie, to jest to równoznaczne z nienależytym wykonaniem tych umów i w konsekwencji nie mogą być one przywoływane na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu.

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje stanowisko, że w świetle przepisów kodeksu cywilnego oraz Pzp wykonanie umowy po terminie nie oznacza a priori jej nienależytego wykonania. Odwołujący ma tym samym prawo powoływania się na umowy wskazane w wykazie wykonanych usług w celu wykazania spełnienia warunku kwalifikacji technicznych wykonania zamówienia, a zatem brak było podstaw do wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego dotyczących umów wymienionych w wykazie wykonanych usług wskazać należy, że zgodnie z umową nr IU/194/VI-67/ZO/PO/DOS/SS/2014/268 z dnia 04.03.2015 r. (dalej „Umowa”) Wykonawca O oraz Zakłady Mechaniczne „Bumar-Łabędy” S.A. („Wykonawcy”) zobowiązali się do dostawy w latach 2015-2016 10 kompletów mostów MS 20, w tym 4 z kabiną opancerzoną i 6 z kabiną nieopancerzoną. Termin dostawy ustalono na 30.11.2016 r. (§ 3 Umowy). Termin dostawy mostów MS 20 nie został dotrzymany. Nie jest jednak prawdą, co sugeruje Zamawiający, że opóźnienie co do wszystkich egzemplarzy wynosiło 330 dni. W rzeczywistości poszczególne egzemplarze były Zamawiającemu przekazywane sukcesywnie w okresie od 19.06.2018 r. do 26.10.2018 r., a Zamawiający odebrał je bez zastrzeżeń.

W terminie umownym, tj. do dnia 30.11.2016 r. Wykonawcy przedstawili do odbioru egzemplarze mostów w pełnym ukończeniu z wykonanymi wszystkimi elementami w tym najbardziej skomplikowanymi częściami mechanicznymi itp. Zamawiający odmówił odbioru ze względu na ujawnione pęknięcia spawów, co niewątpliwie miało charakter wady, ale nie oznacza, jednak, że podstawiono mu produkcję w toku, o charakterze częściowym bez końcowego kompleksowego ukończenia. Stwierdzona wada skutkowałą niedokonaniem odbioru i nieprzekazaniem zestawów mostowych MS-20 do użytkowników (Jednostek Wojskowych). Co jednak istotne konstrukcja pojazdów była poprawna co potwierdza opinia Politechniki Wrocławskiej „Wykonanie analizy wytrzymałościowej ramienia chwytneho układacza mostu MS-20” i możliwy był ich odbiór i bezpieczna eksploatacja, a jedyną przyczyną odmowy odbioru były bardzo wysokie wymagania odbioru wojskowego.

Co jednak istotne, w celu wykonania dostawy mostów MS 20 na podstawie umowy z dnia 15.05.2015 r. Nr 80/P2015 (dalej „Umowa podwykonawcza”) Wykonawca O zamówił w Jelcz sp. z o.o. wykonanie 10 sztuk ciągników siodłowych C-MS-20 (6 sztuk z kabiną nieopancerzoną, 4 sztuki z kabiną opancerzoną). Ważne jest także, to że wybór Jelcz sp. z o.o. jako podwykonawcy ciągników został wskazany przez Zamawiającego zapisami SIWZ. Zgodnie z § 3 Umowy Podwykonawczej Jelcz sp. z o.o. zobowiązany był do dostawy ciągników sukcesywnie zgodnie z harmonogramem (1 ciągnik w listopadzie 2015 r., 1 ciągnik w grudniu 2015 r., 2 ciągniki do 15.01.2016 r., 2 ciągniki w kwietniu 2016 r., 2 ciągniki w czerwcu 2016 r., 2 ciągniki lipcu 2016 r.). Pomimo wcześniejszego trzykrotnego aneksowania (przesunięcia terminu) umowy na dostawę ciągników Jelcz Sp. z o.o. nie dotrzymywał kolejno ustalanych terminów dostawy. Faktycznie ciągniki zostały odebrane w dniu 02.12.2016 r. Liczba dni zwłoki Jelcz sp. z o.o. w zależności od egzemplarza wynosiła od 123 do 367 dni. Powyższa sytuacja ograniczyła do krytycznego minimum czas potrzebny Wykonawcom na integrację, uruchomienie i przeprowadzenie badań zestawów mostowych

MS-20.

Tak więc wskazany przez Zamawiającego w dokumentach postępowania o zamówienie publiczne podwykonawca przez bardzo znaczącą zwłokę przyczynił się, do powstania o ile w ogóle sam nie spowodował, opóźnienia w dostawie przez wykonawców przedmiotu umowy do Zamawiającego. Zważyć należy, że pierwszy kompletny ciągnik miał być dostarczony do Wykonawców 30.11.2015 r. (i to już po aneksowaniu na wniosek Jelcz sp. z o.o. umowy). Tak więc bezspornie dostawa pierwszego ciągnika miała nastąpić 12 miesięcy przed terminem wykonania Umowy z Zamawiającym. Odwołujący wskazują, że jako wykonawcy zakładali, że właśnie ten okres roku czasu miał być poświęcony na prace związane z integracją, jak również miał służyć ewentualnemu zdiagnozowaniu problemów z produkcją seryjną.

Należy również podkreślić, że most samochodowy MS-20 jest jednym z najnowocześniejszych rozwiązań tego typu na świecie i stanowi ostatnie osiągnięcie w inżynierii wojskowej, niemające swojego odpowiednika w armiach innych krajów. Jednocześnie innowacyjna konstrukcja tego sprzętu wojskowego, jej zaawansowanie technicznie oraz skomplikowanie pod względem technologicznym powoduje, że proces produkcyjny staje się niezwykle złożonym i wymagającym wyzwaniem. Wymagania techniczne w zakresie mobilności, czasu rozkładania, automatyki itp., były mocno wysrubowane, co wymuszało zastosowanie wysokospecjalistycznych materiałów i zaawansowanych technologii do ich obróbki.

Sposób podejścia do ujawnionych niezgodności wskazuje jednoznacznie, że w trakcie realizacji Umowy ze strony Wykonawców dochowano należytej staranności, dążąc do dostawy Zamawiającemu pełnowartościowych wyrobów, nie tylko w ramach obecnej umowy, ale również przygotowując potencjał produkcyjny pod przyszłe dostawy, ograniczając tym samym do minimum ryzyko techniczne wystąpienia niezgodności w przyszłości.

Pomimo to Inspektorat Uzbrojenia pismami nr GK/8719/17 z dnia 11 lipca 2017 r., nr GK 11898 z dnia 26 września 2017 r., nr GK 13653/17 z dnia 6 listopada 2017 r. powiadomił Wykonawców o naliczeniu kar umownych łącznie w kwocie 14.136.390,00 zł, tj. 20% wartości umowy oraz potrąceniu wierzytelności z tytułu kar umownych z wynagrodzenia powodów z tytułu wykonania Umowy.

W związku z powyższym pozwem z dnia 30 listopada 2018 r. Wykonawcy wystąpili do Sądu Okręgowego w Warszawie z pozwem o zasądzenie od Zamawiającego kwoty 12.722.751,00 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych od dnia wniesienia powództwa do dnia zapłaty oraz miarkowanie kary umownej naliczonej przez Zamawiającego notami obciążeniowymi nr 59/06/2017/FM, 80/06/2017/FM, 98/06/2017/FM załączonymi do pism pozwanego nr GK/8719/17 z dnia 11 lipca 2017 r., nr GK 11898/17 z dnia 26 września 2017 r., GK 13653/17 z dnia 6 listopada 2017 r., w kwocie 14.136.390,00 zł do kwoty 1.413.639,00 zł.

Zamawiający podnosi również, że w dostarczonych egzemplarzach ujawniły się wady. Po pierwsze, żadne ze zgłoszeń nie dotyczyło działania kluczowych elementów mostów MS-20, uniemożliwiających bezpieczne korzystanie z nich. Po drugie, część ujawnionych wad dotyczy ciągników dostarczonych przez Jelcz sp. z o.o., do którego kompetencji i starannego działania Zamawiający odwołuje się w odpowiedzi na pozew. Poza tym znaczna część wad, a faktycznie drobnych usterek stanowią zgłoszenie typu „świeci się kontrolka hamulca ABS naczepy”, „czujnik położenia koła zamachowego (komunikat na desce)”, „uszkodzony czujnik prędkości turbiny”, „brak zasilania świateł pozycyjnych naczepy”. Wystąpienie drobnych usterek, wad podczas realizacji umowy nie przesądza o jej nienależytym wykonaniu.

W ocenie Odwołującego w przypadku Umowy kluczowe znaczenie ma fakt, że jej wartość brutto 70.681.950,00 zł jest 70x większa niż wymagana przez Zamawiającego wartość zamówienia niezbędnego w celu wykazania zdolności technicznej.

W art. 22 ust. 1a Pzp ustanowiona została zasada proporcjonalności, tzn. zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Skoro stosując zasadę proporcjonalności opisaną w art. 22 ust. 1a i art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający uznał, że do wykazania zdolności technicznej wystarczy wykonanie jednej usługi polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu dźwigu (żurawia) samojezdnego lub konstrukcji

mostów składanych o wartości brutto co najmniej 1.000.000,00 zł, to oceniając spełnienie przedmiotowego warunku przez Odwołującego i mając, jak wskazano wyżej, pełną wiedzę o przedmiotowej umowie winien również przy ocenie spełnienia warunku zdolności technicznej stosować zasadę proporcjonalności.

W znaczeniu prawnym zasada proporcjonalności to, w uproszczeniu, założenie, zgodnie z którym zamawiający w postępowaniu powinien podejmować tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów (tu: sprawdzenia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia przez sprawdzenie jego dotychczasowego doświadczenia), środki zastosowane do realizacji tego celu muszą być proporcjonalne do jego istoty oraz odpowiednie, tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć, właściwe dla danego celu; niezbędne, tj. takie, których nie sposób osiągnąć lepiej za pomocą innego środka, najważniejsze do osiągnięcia zamierzonego celu oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców. Zdaniem Odwołującego zasada proporcjonalności musi mieć kontynuację również na etapie oceny przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przykładowo, jeżeli zamawiający wymagał wykazania dostawy 1.000 sztuk danego asortymentu, a dany wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku przywołuje umowę, w ramach której dostarczył 10.000 sztuk, to nawet jeżeli 7.000 sztuk dostarczonych byłoby po terminie albo z wadami to nadal 3.000 sztuk jest dostarczonych w terminie i w należytej jakości. Wykluczenie wykonawcy byłoby w tym przypadku niezasadne. Wykonawca nie może być karany za to, że realizował jedną dużą umowę zamiast np. 10 mniejszych.

W ocenie Odwołującego wykonawca realizujący nawet z problemami umowę wartości kilkadziesiąt razy większej niż wartość wymagana nie może być traktowany gorzej niż wykonawca realizujący umowę o znacznie niższej wartości. Wykonanie umowy o wartości 1.000.000 zł wiąże się z koniecznością posiadania znacznie mniejszego potencjału niż umowy o wartości 70.000.000 zł w dodatku o nowatorskim charakterze. W takim przypadku zamawiający, analizując kwestię należytego wykonania, czy opóźnienia winien ocenić, jaka część zobowiązań została wykonana należyście i w terminie oraz czy na wystąpienie zwłoki nie miała wpływu znacząco wyższa skala zobowiązań do wykonania. Nadto, skoro zwłoka podwykonawcy wskazanego przez samego Zamawiającego w SIWZ była większa, niż opóźnienie w dostawie przez Wykonawcę O, to biorąc pod uwagę skalę zamówienia winien uznać, że nie jest ona konsekwencją okoliczności zawinionych przez Wykonawców.

Co się tyczy realizacji pracy rozwojowej dotyczącej Mobilnego mostu składanego MLC 70/110 do pokonywania średnich przeszkód wodnych i terenowych MS-40 obejmującej zaprojektowanie i wykonanie mostu, o wartości umowy 33.475.600,00 zł. Odwołujący wskazał, że do tej umowy zastosowanie znajdą przedstawione wyżej wywody dotyczące należytego wykonania umowy w przypadku niewykonania jej w terminie, jak również dotyczące zasady proporcjonalności. W przypadku przedmiotowej umowy kluczowe znaczenie ma jednak fakt, że zgodnie z jej postanowieniami i z uwagi na jej charakter sam Zamawiający nie traktuje opóźnienia w realizacji jako nienależytego wykonania. Zgodnie z § 15 ust. 1 umowy w przypadku zwłoki w wykonaniu umowy Zamawiającemu przysługuje opust cenowy. Wyliczony opust cenowy pomniejsza wartość brutto wynagrodzenia i winien być uwzględniony w fakturze wystawionej za wykonanie danego etapu/zadania (15 ust. 2 umowy).

Opust cenowy w przeciwieństwie do kary umownej nie stanowi w świetle kodeksu cywilnego surogatu odszkodowania. Zgodnie z art. 483 § 1 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r., poz. 1145 j.t.), zwanej dalej „Kc”, można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły (484 § 1 Kc). Tak więc kara umowna stanowi surogat odszkodowania i wysokość kary umownej nie ma wpływu na cenę (wynagrodzenia) należne stronie umowy, a ewentualne pomniejszenie należności wykonawcy w przypadku naliczenia kary umownej wymaga dokonania potrącenia wierzytelności.

Natomiast jak wynika z przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2020 r., poz. 106 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą o VAT”, opust cenowy bądź to jest wprost uwzględniony w cenie jednostkowej, bądź też jest formą obniżenia jej wysokości (art. 106e Ustawy o VAT). W przypadku opustu cenowego mamy do czynienia z sytuacją, w której skutkiem późniejszego wykonania umowy jest niższa cena (wynagrodzenie). Taka konstrukcja umowy prowadzi do wniosku, że strony w postanowieniach umowy przewidziały w istocie sposób jej nowacji na wypadek późniejszego terminu wykonania. W przypadku gdy dojdzie do opóźnienia zmianie ulegają postanowienia umowy

o wysokości wynagrodzenia i terminie. W związku z tym w sensie prawnym w dacie rzeczywistego wykonania umowy mamy do czynienia z jej wykonaniem w terminie tylko za niższą cenę (wynagrodzenie).

Skoro Zamawiający w umowie ustalił (umowa została zawarta zgodnie ze stosowanym przez MON wzorem), że w przypadku niedotrzymania terminu wykonania umowy zastosowany zostanie opust cenowy, a nie kara umowna, to znaczy, że z uwagi na specyfikę umowy o realizację pracy rozwojowej nie powinna być sankcja o charakterze odszkodowawczym (kara umowna) lecz obniżona będzie cena, to nie może aktualnie twierdzić, że umowa nie została wykonana należycie, bo Wykonawca O zapłacił odszkodowanie. Wręcz przeciwnie z tytułu realizacji umowy po terminie nie zastosowano wobec Wykonawcy O żadnej sankcji o charakterze odszkodowawczym, natomiast to Zamawiający uzyskał opust i w związku z tym zapłacił niższe wynagrodzenie.

Odwołujący wskazali również, że przedmiotowa umowa była aneksowana. Aneksami nr 1-4 zmieniane były między innymi postanowienia umowy dotyczące terminu wykonania umowy, harmonogramu jej realizacji, płatności, czy też zabezpieczenia należytego wykonania. Natomiast Porozumieniami stron kilkakrotnie zmieniony został termin jej realizacji ostatecznie na dzień 30.03.2018 r. Tym samym twierdzenie Zamawiającego, że opóźnienie wynosiło 1764 dni jest nieuprawnione. Skoro strony w porozumieniu, zgodnie z zasadą swobody umów, złożyły zgodne oświadczenie woli o zmianie terminu wykonania umowy, to ustalenia nowego terminu są dla stron wiążące i jako opóźnienie może być traktowane wyłącznie wykonanie umowy po dacie ustalonej jako termin wykonania umowy. Tym samym należy uznać, że przedmiotowa umowa została wykonana należycie, co Zamawiający potwierdził w Protokole Odbioru Etapu III - końcowego (pkt X.1 i pkt X.5.).

Następnie Odwołujący podał, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej (ust. 1b pkt. 3).

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W art. 7 ust. 1 Pzp nałożony na zamawiającego został obowiązek przygotowania i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z kolei art. 14 Pzp odsyła do stosowania przepisów Kc przy czynnościach podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli przepisy Pzp nie stanowią inaczej. Kodeks cywilny w art. 471 stanowi, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zgodnie z art. 471 Kc, dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Dodał, że przepisy Kc rozróżniają pojęcie nienależytego wykonania zobowiązania od opóźnienia lub zwłoki, na którą to okoliczność przywołał orzecznictwo Sądu Najwyższego, sądów powszechnych i KIO.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści następujących dokumentów:

1. Pierwotny wykaz wykonanych usług złożony przez Odwołującego - dowód 1;
2. Wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - dowód 2;
3. Odpowiedzi Odwołującego na ww. wezwanie wraz z kolejnym wykazem usług - dowód 3;
4. Umowy na dostawę 10 kompletów mostów towarzyszących MS-20 z 4 marca 2015 r. (dalej „Umowa nr 1”) - dowód 4 (oznaczony przez Odwołującego jako

tajemnica przedsiębiorstwa);

5. Faktur za dostawę mostów towarzyszących MS-20 wraz z protokołami odbioru - dowody 5;
 6. Raportu Politechniki Wrocławskiej pn.: „Wykonanie analizy wytrzymałościowej ramienia chwytnego mostu MS-20” - dowód 6;
 7. Pism Odwołującego do Zamawiającego z 2 marca 2016 r., 12 grudnia 2016 r., 30 stycznia 2017 r., 23 lutego 2017 r., 1 marca 2017 r., 17 lipca 2017 r. i 27 lipca 2017 r. - dowody 7;
 8. Wyciągu z warunków technicznych dot. mostu samochodowego MS-20 - dowód 8;
 9. Umowy z podwykonawcą JELCZ sp. z o.o. z 15 maja 2015 r. wraz z porozumieniem dodatkowym z 5 maja 2016 r. - dowody 9 (oznaczone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa);
- Wezwań podwykonawcy JELCZ sp. z o.o. do wykonania ww. umowy z 29 lutego 2016 r., 18 marca 2016 r., 8 czerwca 2016 r., 28 lipca 2016 r., 22 listopada 2016 r. - dowody 10;
10. Pism Zamawiającego z 25 lutego 2016 r. i 26 września 2016 r. - dowody 11;
 11. Protokołów odbioru ciągników JELCZ sp. z o.o. - dowody 12;
 12. Pisma Zamawiającego z 11 lipca 2017 r. raz z notą obciążeniową i oświadczeniem o potrąceniu - dowody 13;
 13. Pisma Zamawiającego z 19 lipca 2017 r. wraz z korektą noty obciążeniowej - dowody 14;
 14. Pisma Zamawiającego z 26 września 2017 r. wraz z notą obciążeniową oraz oświadczeniem o potrąceniu - dowody 15;
 15. Pisma Zamawiającego z 6 listopada 2017 r. wraz z notą obciążeniową oraz oświadczeniem o potrąceniu - dowody 16;
 16. Pozwu z dnia 30 listopada 2018 r. - dowód 17;
 17. Odpowiedzi na pozew z 11 stycznia 2019 r. - dowód 18;
 18. Pisma procesowego powoda z 18 lutego 2019 r. - dowód 19;
 19. Zestawienia zgłaszanych wad „Reklamacje MS-20” za okres od 4 października 2017 r. do 22 listopada 2018 r. - dowód 20;
 20. Umowy o realizację pracy rozwojowej z dnia 4 czerwca 2008 r. (dalej „Umowa nr 2”) wraz z aneksami 1-4 - dowody 21;
 21. Porozumień do ww. umowy z dnia 21 października 2013 r., 30 listopada 2015 r., 7 grudnia 2016 r., 4 lipca 2017 r. i 15 listopada 2017 r. - dowody 22 (oznaczone przez Odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa);
 22. Protokołu Odbioru Etapu III - końcowego z dnia 3 sierpnia 2018 r. - dowód 23.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na następującą argumentację.

1. Zarzut naruszenia art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp

Zamawiający podał, że stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z ust. 1a tego artykułu zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę

zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie z ust. 1b tego przepisu, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć m.in. zdolności technicznej lub zawodowej. Na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia by warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym art. 7 ust. 1 Pzp. Warunki udziału w postępowaniu powinny być zatem określone w taki sposób, aby ich weryfikacja pozwalała na ocenę, czy sytuacja podmiotowa wykonawcy, w szczególności potencjał, którym on dysponuje i który może wykorzystać do wykonania zamówienia, są wystarczające dla uznania, że wykonawca ten będzie w stanie wykonać zamówienie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Natomiast przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że Zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania, który m.in. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający jest zobowiązany do badania, czy zachodzi podstawa wykluczenia wykonawców. Powinno to następować z uwzględnieniem treści postawionego warunku oraz sposobu wykazania przez wykonawcę jego spełnienia. W sytuacji, gdy z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów nie wynika w sposób jednoznaczny, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, to powinien on zostać wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów. Wynika to z art. 26 ust. 3 Pzp. Ocena wyjaśnień lub ich braku oraz ocena uzupełnionych dokumentów powinna następować z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, należy podnieść, że:

- a) Umowa dotycząca wyprodukowania i dostawy 10 kpl. mostów towarzyszących na podwoziu samochodowym MS-20.

Przedmiotowa umowa była realizowana na rzecz Zamawiającego przez konsorcjum w składzie Wykonawca O oraz Zakłady Mechaniczne „BUMAR-ŁABĘDY” S.A. na podstawie umowy nr IU/194/V1-67/ZO/PO/DOS/SS/2014/268 z dnia 4.03.2015 r. Termin wykonania umowy został określony na dzień 30.11.2016 r., a ostateczne opóźnienia w jej realizacji wyniosły 330 dni. Podkreślić w tym miejscu należy, że przedmiotem zamówienia była dostawa sprzętu wojskowego, niezbędnego dla realizacji celów obronności i bezpieczeństwa państwa oraz szczególnie istotnego ze względu na potrzebę pozyskania nowych zdolności i utrzymania gotowości bojowej Sił Zbrojnych RP. Należy dodać również istotną kwestię, że sprzęt ten planowany jest do wykorzystania w czasie kataklizmów naturalnych np. powodzi, celem niesienia pomocy ludności cywilnej.

Zamawiający zaprzeczył słowom Odwołującego, który w uzasadnieniu pisze „Nie jest prawdą, co sugeruje Zamawiający, że opóźnienie co do wszystkich egzemplarzy wyniosło 330 dni”.

W uzasadnieniu zawartym w Informacji o wykluczeniu... z dnia 20.04.2020 r. Zamawiający użył sformułowania „Termin wykonania umowy został określony na dzień 30.11.2016 r., a ostateczne opóźnienia w jej realizacji wyniosły 330 dni”.

Jednocześnie stwierdzenie Odwołującego, jakoby „W rzeczywistości poszczególne egzemplarze były Zamawiającemu przekazywane sukcesywnie w okresie od 19.06.2018 r. do 26.10.2018 r., a Zamawiający odebrał je bez zastrzeżeń” jest niezgodne ze stanem faktycznym, gdyż oprócz błędnej daty dostaw (dostawy były realizowane w 2017 r.), nieprawdziwe jest stwierdzenie, że odbiór był realizowany przez Zamawiającego i przebiegał bez zastrzeżeń.

Zgodnie z postanowieniami § 5 zawartej umowy wykonawca dostarczał do wskazanych odbiorców sprzęt odebrany, w sposób określony w § 7 umowy, przez 33 Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe (RPW) w Gliwicach pod względem stanu technicznego i ukompletowania. W związku z powyższym, wskazane przez Odwołującego faktury i protokoły przyjęcia-przekazania nie stanowią o stanie przedstawianego do odbioru sprzętu. Zgodnie z postanowieniami umowy każdy egzemplarz sprzętu przed dostawą do Odbiorców podlegał:

- badaniom sprawdzającym realizowanym przez Wojskowy Dozór Techniczny;
- badaniom zdawczo-odbiorczym realizowanym przez wykonawcę pod nadzorem przedstawiciela RPW;
- odbiorowi końcowemu.

Dodatkowo, warunkiem rozpoczęcia dostaw był pozytywny wynik badania okresowego jednego egzemplarza z całej partii wyrobów

Na dzień wykonania Umowy, tj. 30.11.2016 r., wykonawcy nie posiadali ani jednego egzemplarza spełniającego powyższe wymagania. Przedstawiciel Zamawiającego - 33 RPW odmówił odbioru z wynikiem pozytywnym pierwszych 4 kpl. mostów MS-20 w związku ze stwierdzeniem w dniu 5.12.2016 r. po raz kolejny pęknięć w układaczach wszystkich egzemplarzy mostów MS-20, o czym poinformował Zamawiającego pismem z dn. 07.12.2016 r. (zał. 6). Jednocześnie wskazano, że odbiory zostaną wznowione po wprowadzeniu i sprawdzeniu poprawności działań korygujących.

Nadmienić należy, że pierwsze oficjalne informacje o problemach z pojawianiem się pęknięć spoin spawanych w układaczach wyprodukowanych przez ZM „BUMAR-ŁABĘDY” S.A. wykonawcy przedstawili Zamawiającemu podczas kontroli realizacji umowy w dn. 24-26.10.2016 r. (notatka z dn. 07.11.2016 r.). Jako przyczynę wskazano błędy technologiczne oraz brak dotrzymania należytej jakości wykonania. Co więcej, wykonawca poinformował, że jako działanie naprawcze producent wykona wycięcie starego spawu oraz powtórne spawanie. Zaznaczono, że w przypadku egzemplarza nr 3 działanie to nie przyniosło spodziewanych efektów, gdyż ujawniło się powtórne pęknięcie w miejscu już naprawianym. Zgodnie z informacjami wykonawcy dopuszczalna była dwukrotna naprawa uszkodzenia ww. metodą, co powodowało konieczność wykonania nowego elementu.

W celu umożliwienia wykonawcy kontynuacji Umowy, na jego wniosek, (pismo z dnia 18.11.2016 r.) Zamawiający wyraził zgodę na kolejną naprawę pęknięć spoin oraz zastosowanie nakładek wzmacniających (pismo z dnia 22.11.2016 r.).

Pomimo takich działań naprawy nie przyniosły zamierzonego celu, nie usunęły wad wykonawczych i w ostateczności nie pozwoliły na odbiór sprzętu.

Wobec powyższego stwierdzenie Odwołujących w odwołaniu dotyczące przedstawienia do odbioru, w dniu 30.11.2016 r., sprzętu kompleksowo wykonanego i umożliwiającego bezpieczną eksploatację jest bezpodstawne.

Potwierdzeniem tego jest pismo wykonawcy z dnia 12.12.2016 r., w którym informuje on Zamawiającego: „Głównym powodem niedotrzymania terminu dostawy są usterki w postaci pęknięć spoin ramienia chwytanego wchodzącego w skład układacza przęsła mostu MS-20. Stwierdzona wada uniemożliwia dokonanie odbioru i przekazanie zestawów mostowych MS-20 do Użytkowników (Jednostek Wojskowych)”. W tym samym piśmie wykonawca poinformował również, że chciałby przekazać sprzęt niekompletny, przez odbiory częściowe wyłączające odbiór elementów w których stwierdzono usterki. Poinformował, że weryfikację przyczyn wystąpienia usterki zlecił niezależnemu podmiotowi i po ich ustaleniu zaproponuje sposób usunięcia wady i termin, a w przypadku jeżeli będzie to konieczne to dokona wymiany elementu na nowy. Zaproponował, że po usunięciu wady sprzęt oddany częściowo podlegałby odbiorowi całych zestawów z układaczami.

Wskazanie przez Odwołującego opinii Politechniki Wrocławskiej, przesłanej do Zamawiającego za pismem 6.02.2017 r., jako potwierdzającej możliwość odbiorów i bezpiecznej eksploatacji wadliwych mostów MS-20, jest dużym nadużyciem, gdyż dotyczy ona analizy wytrzymałościowej ramienia chwytanego i potwierdza jedynie prawidłowość konstrukcji, jednak dotyczy ona elementu prawidłowo wykonanego i nie uwzględnia ona wadliwie wykonanych połączeń spawanych. O powyższym zastrzeżeniu Odwołujący dokładnie był poinformowany, gdyż przytoczył w piśmie przewodnim cytat z opinii (pkt 7 wniosków), w którym jest zastrzeżenie, że konstrukcja spełnia kryteria wytrzymałości doraźnej przy założeniu poprawnej technologii wykonania całego układacza mostu. Opinia ponadto w pkt. 5 wniosków zawiera stwierdzenie, że „Model obliczeniowy zakłada, że w stanie wyjściowym ustrój nośny jest wolny od naprężeń własnych (montażowych, spawalniczych). Jeśli uszkodzenia występują w innych miejscach niż przekroczenia naprężeń wskazane w raporcie, oznacza to, że prawdopodobnym powodem uszkodzenia konstrukcji jest technologia spawania wprowadzająca do konstrukcji naprężenia własne. Uszkodzenia mogą być spowodowane niezgodnościami spawalniczymi w spoinach”.

Błędną kwalifikację Odwołującego wadliwych mostów jako umożliwiających bezpieczną eksploatację od dn. 30.11.2016 r. potwierdza fakt, że pierwsze rzetelne informacje wskazujące na przyczyny pęknięcia spoin zostały przedstawione Zamawiającemu w dniach 24-25.01.2017 r. podczas kontroli realizacji Umowy (notatka z kontroli w dniach 24-25.01.2017 r. z dn. 03.03.2017 r.). Podczas spotkania wykonawcy nie byli w stanie przedstawić jednoznacznego stanowiska dotyczącego powodów występowania pęknięć spoin w konstrukcji mostu. Konsorcjanci wzajemnie obwiniali się za zaistniałą sytuację,

ZM „BUMAR-ŁABĘDY” S.A. wskazywała, że winę za zaistniałą sytuację ponosił podmiot opracowujący dokumentację techniczną, tj. Wykonawca O, który temu zaprzeczał, opierając się na badaniach spoin wskazujących na wady wykonania. Ostatecznej odpowiedzi udzielił członek komisji roboczej, powołanej przez Odwołującego, pracującej nad określeniem powodów pęknięcia spoin - przedstawiciel Politechniki Śląskiej prof. Andrzej Klimpel. Zgodnie z przekazaną Zamawiającemu „Oceną zdolności produkcyjnej firmy BUMAR-ŁABĘDY S.A.” pęknięcie spoin pierwotnych oraz ponaprawczych wynika z błędów wykonawcy. Ponadto określono, że za jedną z przyczyn nieakceptowalnie niskiej jakości wykonania konstrukcji spawanych ramion chwytnych układacza mostu MS-20 należało uznać „Brak odpowiedniej organizacji kontroli jakości procesów spawania, a zwłaszcza brak systemu zapewnienia jakości wykonania konstrukcji mostu MS-20, opartego na wymaganiach norm europejskich i światowych, a szczególnie normy PN-EN 1090-2 oraz wymaganiach dobrej praktyki inżynierskiej. Konstrukcje spawane mostu MS-20 zostały przekazane Zleceniodawcy z niedopuszczalnymi wadami spawalniczymi wewnętrznymi i wewnętrznymi złączy spawanych, niespełniającymi wymagania poziomu jakości B, ustalonego przez Zleceniodawcę. Jest to dyskwalifikujące inspektorów jakości, ale również tak inżynierów spawalników, jak i spawaczy oraz inspektorów nadzoru Zleceniodawcy”.

Potwierdzeniem braku utrzymania jakości produkcji na założonym poziomie jest Decyzja Nr 105-04/WDT/UTB/17 Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego z dnia 12.01.2017 r. o zawieszeniu uprawnień ZM „BUMAR-ŁABĘDY” S.A. do wytwarzania urządzeń załadowczo-wyładowczych mostów wojskowych przeznaczonych dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (pismo z dnia 26.01.2017 r.).

Ostatecznym potwierdzeniem niedostatecznej jakości wykonania, jako przyczyny pęknięcia połączeń spawanych, jest załącznik nr 4 do pisma wykonawcy z 7 marca 2017 r. W treści notatki ze spotkania z dnia 21.02.2017 r., stanowiącej załącznik do ww. pisma, wprost wskazano, że połączenia spawane wykonane przez ZM „BUMAR-ŁABĘDY” S.A. były złej jakości.

W powyższym piśmie wykonawca informował, że po dokonaniu weryfikacji wyprodukowanych mostów stwierdzono, że naprawie podlega 100% (10 szt.) ramion głównych układaczy oraz ram naczep. W przypadku ramion chwytnych układaczy naprawa będzie dotyczyła 70% (7 szt.), natomiast 3 szt. muszą być wykonane od nowa ze względu na wcześniejsze wadliwie wykonane próby naprawy. Ze względu na zawieszono uprawnienia oraz brak odpowiednich zdolności produkcyjnych dotychczasowego wykonawcy ZM „BUMAR-ŁABĘDY” S.A., naprawę ram przyczep realizowano u Wykonawcy O, zaś produkcję nowych podzespołów zlecono w dniu 10.02.2017 r. Zakładowi Konstrukcji Spawanych Łabędy sp. z o.o.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, dotyczących opóźnień w realizacji umowy na dostawę mostów towarzyszących MS-20 ze względu na opóźnienia firmy Jelcz w dostawie ciągników siodłowych C-MS-20 oraz odpowiedzialności Zamawiającego za wskazanie podwykonawcy, należy wykazać, że konstrukcja Mostu MS-20 została opracowana w ramach pracy wdrożeniowej, której wykonawcą, a przez to autorem dokumentacji technicznej do produkcji seryjnej Wykonawca O. Warunki kompletacji oraz dostosowania ciągników C-MS-20 (pojazdów Jelcz) ujęte zostały w dokumentacji technicznej do produkcji seryjnej Mostu towarzyszącego na podwoziu samochodowym MS-20.

Wskazane przez Odwołującego opóźnienie dostawy ciągników C-MS-20 przez firmę JELCZ Sp. z o.o. jako główny powód opóźnień mostów MS-20 jest nieprawdziwy, gdyż na dzień wykonania umowy, tj. 30.11.2016 r., wykonawca był w posiadaniu wszystkich ciągników jednak nie posiadał ukończonych pozostałych elementów mostów, za które odpowiadał bezpośrednio, natomiast w tych, które były wyprodukowane przez niego, zostały stwierdzone pęknięcia i wady wykonawcze (notatka z kontroli w dniach 23-25.11.2016 r.).

Co więcej, zgodnie z informacjami udzielonymi przez Odwołującego w dniu 20.04.2016 r. posiadał on dostarczony pierwszy ciągnik w celu adaptacji zestawu oraz do przeprowadzenia testów (notatka z kontroli w dniach 19-20.04.2016 r. z dnia 26.04.2016 r.), zaś w dniu 19.07.2016 r. Wykonawca O posiadał na swoim terenie 6 szt. przekazanych warunkowo ciągników C-MS-20 i prowadziła przy nich prace montażowe, co umożliwiło mu prowadzenie integracji i uruchomienia zestawów mostowych.

O powyższych możliwościach, w przypadku zaistnienia sytuacji posiadania przez Odwołującego pozostałych elementów mostów, świadczy również fakt, że w dniu 18.08.2016 r. Wykonawca O zwrócił się do Zamawiającego o zgodę na zaprezentowanie na XXIV

Międzynarodowym Salonie Przemysłu Obronnego w Kielcach kompletnego mostu MS-20,

którą uzyskała.

Ostateczny termin dostawy ciągników C-MS-20 przez firmę JELCZ sp. z o.o., w opinii Zamawiającego, nie miał wpływu na rozliczenie Umowy, gdyż posiadane przez wykonawcę wszystkie ramy naczip oraz ramiona główne i chwytne układaczy posiadały wady wykonawcze spoin, co uniemożliwiało ich odbiór i użytkowanie, a ponadto wymagało przeprowadzenia napraw.

W zakresie twierdzeń Odwołującego o dochowaniu należytej staranności w jego wykonaniu oraz wysokiej złożoności i nowoczesności sprzętu należy wyjaśnić, że projekt mający na celu opracowanie konstrukcji Mostu towarzyszącego MS-20 został rozpoczęty w 2003 r. i realizowany na zlecenie Ministerstwa Obrony Narodowej w ramach prac rozwojowej i wdrożeniowej. Wykonawcą umów oraz autorem dokumentacji technicznej do produkcji seryjnej, opracowanej ostatecznie w 2012 r., był Wykonawca O. Konstrukcja mostu opiera się na wcześniejszych rozwiązaniach technicznych, które w związku z rozwojem technologii i możliwości wykonawczych rozszerzono o nowe funkcje, a także zastosowano w konstrukcji nowoczesne materiały, co pozwoliło na zwiększenie nośności przęsła. Upływ czasu od rozpoczęcia ww. projektu do zakończenia oraz okres do rozpoczęcia produkcji seryjnej spowodował upowszechnienie zastosowanych w nim technologii, przez co realizacja tego zadania, przy zastosowaniu podstawowych zasad kontroli produkcji, nie powinna przysparzać wykonawcy stwierdzonych problemów.

W związku ze stwierdzonymi wadami mostów towarzyszących MS-20, a przez to opóźnieniami w wykonaniu umowy, Zamawiający obciążył wykonawcę karami za nienależyte jej wykonanie zgodnie postanowieniami § 12 ust. 1 pkt 2) przedmiotowej umowy. Ze względu na bardzo duże opóźnienia w realizacji umowy, sięgające od 201 do 330 dni, naliczane kary osiągnęły maksymalne wartości w wysokości 20% wartości brutto niewykonanej w terminie części umowy.

W dniu 30.11.2018 r. wykonawcy wystąpili z pozwem do Sądu Okręgowego o miarkowanie naliczonych kar umownych o 90%, tj. do 2% wartości brutto niewykonanej w terminie części umowy. Należy uwzględnić, że złożony pozew dotyczy miarkowania kar za nienależyte wykonanie umowy. Do dnia sporządzenia odpowiedzi na odwołanie sprawa nie została rozstrzygnięta.

Stanowisko wykonawcy o braku wpływu stwierdzonych podczas użytkowania wad i awarii na sposób wykonania umowy jest nie do końca właściwe, gdyż sposób oraz jakość realizacji umowy, oprócz wykonania i dostaw sprzętu, jest zależna również od zobowiązań serwisowych i gwarancyjnych. W przedmiotowej umowie w trakcie obowiązywania gwarancji

Zamawiający, na dostarczone 10 egzemplarzy mostów MS-20, otrzymał 62 zgłoszenia reklamacyjne oraz stwierdzono wady ukryte we wszystkich siłownikach rozkładania przęseł. Twierdzenie wykonawcy, że żadne ze zgłoszeń nie dotyczyło działania kluczowych elementów mostów MS-20 jest nieprawdziwe i nieuprawnione, gdyż w co najmniej 27 zgłoszeniach 40 wykrytych usterek mogło mieć bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo użytkowników oraz innych osób.

Twierdzenie wykonawcy, że większość stwierdzonych wad miała małe znaczenie i była jedynie drobnymi usterekami wskazuje na sposób podejścia do realizacji napraw gwarancyjnych, które ze względu na brak obwarowań karami umownymi za nieterminową realizację były w większości przypadków przedłużane i realizowane niezgodnie z umową. Na wspomniane 62 zgłoszenia reklamacyjne w 25 przypadkach nastąpiło przekroczenie 28-dniowego terminu realizacji naprawy, liczonego od dnia zgłoszenia do odbioru (zgłoszenia z przekroczonym terminem naprawy zaznaczono w wykazie na żółto). Brak terminowej realizacji napraw dotyczył również wymiany elementów noszących znamiona wady wykonawczej (siłowniki rozkładania przęsła). Pomimo stwierdzenia przez wykonawcę wady w maju 2018 r. (pismo z dnia 18.05.2018 r.) do dnia 26.06.2020 r. (pismo z dnia 4.06.2020 r.) wykonawca nie wywiązał się ze zobowiązań, a Zamawiający nie posiada środków umożliwiających wymuszenie działań poza odstąpieniem od umowy i zwrotem wadliwego sprzętu.

Potwierdzeniem nienależytego wykonania umowy oraz braku dochowania należytej staranności są stwierdzone w maju i czerwcu br. pęknięcia spawów w elementach odpowiadających za poziomowanie mostów. Dotychczas uszkodzenie to zostało stwierdzone w 40% dostarczonych egzemplarzy mostów. Ze względu na ocenę uszkodzenia przez Wojskowy Dozór Techniczny jako mającego wpływ na bezpieczeństwo eksploatacji oraz stanowiącego zagrożenie dla zdrowia i życia wydał on decyzje, posiadające rygor natychmiastowej wykonalności, wstrzymujące eksploatację mostów MS-20.

Wskazywanie przez wykonawcę, że część ujawnionych wad dotyczyła ciągników dostarczonych przez JELCZ sp. z o.o. jest nieuprawnioną próbą zrzucenia z siebie odpowiedzialności, pomimo że od chwili otrzymania SIWZ posiadał wiedzę, że warunki gwarancji obejmowały wyroby i usługi nabyte od podwykonawców. Przywoływane ciągniki siodłowe nie były w umowie elementem wyodrębnionym i wchodziły w skład Mostowego Pojazdu Transportowego, dla którego jako kompletu zostały określone wymagania gwarancyjne. Powyższe działania Wykonawcy wskazują na brak dochowywania warunków zawartej umowy i umacnia ocenę Zamawiającego o jej nienależytym wykonaniu.

b) Praca rozwojowa pt.: „Mobilny most składany MLC 70/110 do pokonywania średnich przeszkód wodnych i terenowych” kryptonim DAGLEZJA-S

Praca realizowana była przez Wykonawcę O na rzecz Zamawiającego na podstawie umowy nr IU/10/V1-21/DPZ/U/2/ZDW/R/1.4.4/2007/2011 z dnia 4.06.2008 r..

Ostateczny termin wykonania umowy został określony na dzień 30.09.2013 r.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego dotyczącego zapisów umowy na realizację ww. pracy rozwojowej, w zakresie opustów za zwłokę w nieterminowej realizacji umowy, należy w pierwszej kolejności wziąć pod uwagę ówczesnie obowiązujące wewnętrzne przepisy regulujące zawieranie umów.

Dokumentem obowiązującym w chwili opracowania i zawarcia przedmiotowej umowy, tj. w 2008 r., była decyzja Nr 291/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 r. w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy (Min. Obr. Nar. nr 14, poz. 179).

Zgodnie z § 48 ww. decyzji:

„[...]

1. Zamawiający obowiązany jest określić w umowie kary za jej niewykonanie.
2. Oprócz kar, o których mowa w ust. 1, zamawiający może ustalić opusty, zmniejszające wartość umowy, za nieterminową jej realizację.
3. Opusty, o których mowa w ust. 2, należy określać w wysokości od 3 % do 10%. Należną kwotę opustu należy naliczać w wysokości, np. 0,1% lub 0,2 % z każdy dzień zwłoki od niezrealizowanej części umowy. Opust w wysokości 10% należy w szczególności stosować w postępowaniach, w których termin występuje jako kryterium oceny ofert lub termin realizacji zamówienia jest istotny dla zamawiającego (użytkownika UiSW).

[...]”.

Przedmiotowa regulacja prawna w szczególności wskazuje, że opust miał być wprowadzony w umowie w sytuacji, gdy termin realizacji zamówienia jest szczególnie istotny dla Zamawiającego. Powyższa regulacja prawna znalazła odzwierciedlenie w § 15 łączącej strony umowy. Niezależnie od wewnętrznych rozwiązań prawnych należy wskazać, że zakres odpowiedzialności Odwołującego z tytułu poniesionych opustów cenowych w umowach wiąże się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 Kc w myśl art. 353¹ Kc. Za niedotrzymanie terminów realizacji umowy Odwołujący przyjął na siebie odpowiedzialność kontraktową opisaną w § 15 umowy, tj. obowiązek opustu cenowego dla Zamawiającego. Warto zauważyć, że opust cenowy przysługiwał Zamawiającemu wyłącznie za niezrealizowaną w terminie część umowy, a zatem za nienależyte wykonanie zobowiązania. Na gruncie tej sprawy należy dodać, że Zamawiający nie został zaspokojony w sposób wynikający z treści zobowiązania, gdyż Odwołujący nie zachował terminu realizacji umowy, czyli dopuścił się zwłoki w spełnieniu świadczenia. Podnoszony przez Odwołującego argument, że opust nie stanowi odszkodowania, w ocenie Zamawiającego nie ma znaczenia z punktu widzenia powstania lub nie stanu nienależytego zobowiązania. Fakt braku realizacji umów w terminie określonym umową jest już stanem nienależytego wykonania umowy, a kwestia dochodzenia lub nie kar umownych jest tego konsekwencją. Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że przyjęta konstrukcja opustu cenowego absolutnie nie może zostać uznana za nowację postanowień umowy. Jak już wcześniej zostało wykazane opust cenowy jest sankcją za nieterminową realizację jej zobowiązań. Gdyby strony umowy chciały dokonać nowacji jej postanowień, wynikałoby to wprost z jej treści. Wskazać należy, że przytoczone przez Odwołującego aneksy do umowy w zakresie zmiany terminu wykonania umowy, harmonogramu jej realizacji, płatności czy też

zabezpieczenia należytego wykonania umowy w ostatecznym brzmieniu umowy określały termin jej wykonania na dzień 30.09.2013 r. Postanowienia zaś przedmiotowych porozumień zawierały jedynie zobowiązanie wykonawcy do wykonania pracy, po terminie jej wykonania, tj. 30.09.2013 r., do określonego dnia. Jednocześnie w porozumieniach wprost wskazano, że wykonawca zobowiązany był przekazać jej wyniki Zamawiającemu, na zasadach określonych w § 12 umowy z zastrzeżeniem terminów określonych w Harmonogramie. Dodatkowo, zobowiązanie Zamawiającego dotyczyło opłacenia wyników pracy z zastosowaniem opustów cenowych wynikających z powstałych opóźnień. Ujęte w porozumieniach zapisy świadczą o braku woli stron w zakresie zmiany terminu wykonania pracy określonego w umowie.

Powyższe znalazło odzwierciedlenie w przytaczanym przez Odwołującego Protokole odbioru Etapu III - końcowego z dnia 3.08.2018 r. (zał. 26), w którym, w części V. „Ocena wyników wykonanego zadania”, w pkt. 3 określono, że „Wyniki Etapu III pod względem terminowym nie są zgodne z postanowieniami umowy”. Ponadto, o nieterminowej realizacji umowy jest mowa w części IX protokołu, w której określono zwłokę w realizacji Etapu na 1764 dni.

Oprócz w ww. protokole o nieterminowej realizacji umowy świadczą pozostałe protokoły odbioru poszczególnych zadań tej umowy w zakresie: zadania II d (zwłoka 1658 dni, zał. 27), zadania II c (zwłoka 1336 dni), zadania II b (zwłoka 9 dni), zadanie II (zwłoka 827 dni,), zadania I g (zwłoka 115 dni), zadania I d (zwłoka 71 dni).

Poprawność naliczenia powyższych opóźnień oraz właściwe naliczenie opustów zostało potwierdzone przez przedstawiciela wykonawcy przez złożenie podpisu pod każdym z protokołów odbioru.

W związku z przeprowadzoną analizą uznano, że przekroczenie terminu realizacji umowy o 1764 dni nie może być uznane jako incydentalne i nie mające znaczenia (okres realizacji umowy, określony w umowie, wynosił poniżej 1600 dni).

W świetle przedstawionej powyżej argumentacji oraz załączonych dowodów trudno jest uznać, przedstawione przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu usługi, jako dające rękojmię należytej realizacji zamówienia.

2. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1a w zw. z art. 7 Pzp

Przywołana przez Odwołującego zasada proporcjonalności opisana w art. 22 ust. 1a Pzp dotyczy określenia udziału warunków w postępowaniu oraz wymaganych od wykonawców środków dowodowych w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Odwołujący formułując zarzut podnosi, że oceniając spełnienie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności. Odwołujący wskazał na okoliczność spełnienia warunku umowy o wartości 100 razy większej od wymaganej przez Zamawiającego, a Zamawiający uznał, że ich wykonanie po terminie skutkuje brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zarzut ten również nie jest do końca zrozumiały. Jeżeli bowiem w istocie Odwołujący kwestionuje określenie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (na co wskazuje powołane orzecznictwo), poprzez określenie zbyt niskich wartości umów, to oznacza, że zarzut Odwołującego sprowadza się de facto do treści ogłoszenia o zamówieniu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 225-552938 z dnia 21.11.2019 r. Ustawodawca w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp przewidział możliwość wniesienia odwołania na treść ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli więc Odwołujący kwestionuje warunki wskazane w ogłoszeniu, to chwila publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej stanowi rozpoczęcie biegu terminu określonego na wniesienie odwołania co do treści tego ogłoszenia. Już w ówczesnej sytuacji faktycznej interes prawny Odwołującego mógł być przez niego uznany za potencjalnie zagrożony, a sam ten fakt stanowi przesłankę do wniesienia odwołania. W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, powyższy zarzut należy potraktować jako spóźniony.

Jeżeli natomiast Odwołujący upatruje naruszenia zasady proporcjonalności w tym, że Zamawiający dokonał oceny warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią ogłoszenia traktując umowę jako całość, a nie wybierając z tej umowy jej części (wykonane należycie i o wartości przekraczającej 1 mln z), to również zarzut ten nie może się ostać.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że zasada proporcjonalności nie daje Zamawiającemu możliwości zmiany sposobu dokonywania oceny. Zgodnie z postanowieniami Sekcji III.2.3) ogłoszenia w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, tj. zdolności technicznej, Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykonał co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na zaprojektowaniu i wykonaniu dźwigu (żurawia) samojezdnego lub konstrukcji mostów składanych o wartości brutto co najmniej 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych). Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku należało złożyć wykaz wykonanych usług, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane wraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że zostały wykonane należycie. Dowodami mogły być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługa była wykonana, a jeżeli z uzasadnionych o obiektywnym charakterze wykonawca nie był w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. Zamawiający mógł dokonywać oceny zgodnie z postawionymi warunkami.

Ponadto Zamawiający jest zainteresowany należyтым wykonaniem całości umowy, a nie jej poszczególnych fragmentów. Nawet w razie nieprawidłowego wykonania części umowy przez wykonawcę, mamy do czynienia z nienależyтым wykonaniem całości umowy. Wykazanie się przez wykonawcę należyтым wykonaniem umowami daje Zamawiającemu rękojmię, że zamówienie na jego rzecz również zostanie zrealizowane w sposób rzetelny. Niezależnie od powyższego należy podnieść, że to wykonawca ze swojego portfolio wykonanych umów, wybiera i przedstawia Zamawiającemu te wykonane umowy, które pozwolą na jednoznaczne stwierdzenie, że dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

3. Zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców

Z uwagi na brak argumentacji ze strony Odwołującego, w jakim zakresie doszło do naruszenia powyższej zasady, Zamawiający nie ma możliwości odniesienia się do zarzutu. Niemniej jednak, w ocenie Zamawiającego, Postępowanie prowadzone jest zgodnie z regulacjami prawnymi określonymi w Pzp oraz w pełnym poszanowaniu zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści wskazanych poniżej dokumentów (zestawienie uwzględnia dokumenty inne niż załączone do odwołania):

1. Informacja o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania - dowód 24;
2. Pismo 33 RPW ws. stwierdzenia pęknięć spoin z 6 grudnia 2016 r. - dowód 25;
3. Notatka z kontroli realizacji Umowy nr 1 z 28 października 2016 r. - dowód 26;
4. Pismo z 17 listopada 2016 r. ws. akceptacji wniosku o odstąpienie dotyczące naprawy ramienia chwytne go układacza w ramach Umowy nr 1 - dowód 27;
5. Pismo z 22 listopada 2016 r. zaakceptowanym wnioskiem o odstąpienie - dowód 28;
6. Pismo z 6 lutego 2017 r. ws. naprawy i analizy wytrzymałościowej - dowód 29;
7. Notatka z kontroli realizacji Umowy nr 1 i 2 z 24 lutego 2017 r. z załącznikiem w postaci dokumentu pn.: „Ocena zdolności produkcyjnej firmy „BUMAR-ŁABĘDY” - dowody 30;
8. Decyzja Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego z 12 stycznia 2017 r. - dowód 31;
9. Notatka ze spotkania w sprawie realizacji Umowy nr 1 z 21 lutego 2017 r. - dowód 32;
10. Notatka z kontroli realizacji Umowy nr 1 i 2 z 29 listopada 2016 r. - dowód 33;
11. Notatka z kontroli realizacji Umowy nr 1 i 2 - dowód 34;
12. Pismo ws. posiadanych ciągników siodłowych z 19 lipca 2016 r. dowód 35;
13. Pismo ws. pokazów MS-20 na MSPO z 18 sierpnia 2016 r. - dowód 36;

14. Zestawienia zgłaszanych wad „Reklamacje MS-20” za okres od 4 października 2017 r. do 18 listopada 2019 r. - dowód 37;
15. Pismo z 18 maja 2018 r. ws. wad powierzchni tłoczysk - dowód 38;
16. Pismo z 4 czerwca 2020 r. o kontynuacji napraw wadliwych siłowników - dowód 39;
17. Decyzja Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego z 18 czerwca 2020 r. o wstrzymaniu eksploatacji MS-20 w 3 BDM - dowód 40;
18. Decyzja Szefa Wojskowego Dozoru Technicznego z 13 maja 2020 r. o wstrzymaniu eksploatacji MS-20 w 1 PSB - dowód 41;
19. Protokoły odbiorów zadań IId, IIc, IIb, II, Ig oraz Id realizowanych w ramach Umowy nr 2 - dowody 41.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - H. C.-Poznań S.A. z siedzibą w Poznaniu, WB Electronics S.A. z siedzibą w Ożarowie, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawców (dalej „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W zgłoszonym przystąpieniu Przystępujący przedstawił następujące stanowisko.

Analizy zarzutów Odwołującego nie można dokonać w oderwaniu od treści ogłoszenia, w tym również pozostałych jego postanowień. Zgodnie z Sekcją IV. 1.2) pkt 4 ogłoszenia, do składania ofert wstępnych zaproszonych zostanie 3 (trzech) wykonawców o najwyższej sumarycznej wartości brutto usług wykonanych bezpośrednio przez wykonawcę, wykazanych w wykazie wykonanych usług. Oznacza to, że każdy z wykonawców przystępujących do ubiegania się o udzielenie zamówienia, chcąc przejść do kolejnego etapu Postępowania był zdeterminowany do wykazania takich usług, które cechowała najwyższa wartość. Nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący przedstawił w wykazie takie usługi, które spełniały kryteria wskazane w ogłoszeniu, a wobec których nie istniały by żadne wątpliwości co do ich należytego wykonania. Z uwagi na niewielką liczbę wykonawców, bez względu na wartość usług objętych wykazem, Zamawiający nie będzie prowadził klasyfikacji w zakresie ograniczenia liczby wykonawców. Skoro mimo to Odwołujący posłużył się wątpliwymi pod względem należytego wykonania usługami, którymi chciał dowieść posiadania zdolności technicznych to musiał się liczyć z ryzykiem z tym związanym, w szczególności, że istniał spór sądowy pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym w zakresie realizacji usług objętych wykazem. Oczywiście byłoby, że Zamawiający zakwestionuje zdolność techniczną Odwołującego, która została oparta o usługi, co do których trwał spór sądowy, w którym zakwestionowano należyte wykonanie owych usług. Odwołujący mógł więc w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykazać inne dowody i powołać się na inne usługi, niemniej jednak nie uczynił tego, dlatego też twierdzenie, że to Zamawiający dopuścił się czynności sprzecznej z prawem jest nieuprawnione.

Gdyby Odwołujący w wykazie powołał usługi świadczone na rzecz innego podmiotu niż Zamawiający, to w ramach procedury określonej w sekcji III.2.3) pkt 4 Ogłoszenia, Zamawiający zwróciłby się do takiego zamawiającego o udzielenie informacji czy usługa została wykonana należyście. Gdyby ten zamawiający przedstawił okoliczności całej sprawy i stwierdziłby, że w jego ocenie usługa nie została wykonana należyście, to w zasadzie Zamawiający zobowiązany byłby do wykluczenia takiego wykonawcy, ponieważ w zasadzie Pzp, ani ogłoszenie nie przewiduje możliwości weryfikacji stanowiska takiego innego zamawiającego. Zaś wobec faktu, że z żadnych dokumentów złożonych przez Odwołującego nie wynika wprost, że usługi zostały wykonane w sposób prawidłowy, to w aktach sprawy nie byłoby nawet dowodów pozwalających twierdzić, że usługi były jednak wykonane należyście.

Co więcej, to ocena podmiotu, na rzecz którego wykonane były usługi objęte wykazem jest bardziej obiektywna, ponieważ nie ma on żadnego interesu w tym, aby przedstawić nieprawdziwe informacje. Ocena sposobu wykonania usług przedstawiona przez wykonawcę, który ma interes w tym, aby pozyskać zamówienie będzie zawsze subiektywna i ukierunkowana na cel, jakim jest pozyskanie zamówienia.

Wydawać by się mogło, że w sytuacji tożsamości stron postępowania ze stronami umowy świadczenia usług przywołanych w wykazie sytuacja jest analogiczna. Tymczasem Odwołujący de facto ma na celu przeprowadzenie ponownie oceny stanu wykonania zupełnie innego postępowania. W ocenie Przystępującego ogniskową przedmiotowej sprawy powinno być jedynie badanie, czy Odwołujący wykazał spełnienie

warunków udziału w Postępowaniu - posiadania zdolności technicznych przez wykonanie usług o określonych kryteriach i czy w związku z dokumentami złożonymi przez Odwołującego Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami pzp. Postępowanie nie powinno w ogóle skupiać się na szczegółach wykonania tej usługi. Co istotne, Zamawiający ma pełną znajomość wszelkich aspektów sposobu realizacji usług objętych wykazem, więc tym bardziej jego ocena ich należytego wykonania jest obiektywna i pełna.

Sam Odwołujący nie kwestionuje sposobu określenia warunków udziału w Postępowaniu, a jedynie wywodzi, że zasada proporcjonalności powinna być również rozciągnięta na etap oceny przez Zamawiającego spełnienia tych warunków. Nie można zapominać o tym, że zamówienia nie są udzielane w interesie wykonawcy, a w interesie Zamawiającego i wykonywane są w celach służących nie tylko Zamawiającemu, ale i szerszemu ogółowi z uwagi na specyfikę podmiotów objętych obowiązkiem stosowania przepisów Pzp. W tej sprawie zamówienie ma zostać udzielone w celu obronności i bezpieczeństwa państwa, który to powinien być celem nadrzędnym. Waga interesu Odwołującego i Zamawiającego jest nieporównywalna.

Już z dowodów załączonych przez Odwołującego do odwołania można wywieść, że usługi objęte wykazem nie zostały wykonane w sposób należyty. Co więcej, z żadnego dowodu załączonego przez Odwołującego nie można nawet próbować wyprowadzić wniosku, że usługi zostały należycie zrealizowane. Załączone dowody co najwyżej potwierdzają fakt wykonania i rozliczenia usługi (np. protokoły przekazania, faktury VAT), która nie poruszają w żaden sposób kwestii prawidłowości usług.

Na gruncie usługi realizowanej w oparciu o Umowę nr IU/194NI-67/ZO/PO/DOS/SS/2014/268, na podstawie dowodów załączonych przez Odwołującego, można stwierdzić, że:

- a) Umowa ta została zawarta w dniu 4 marca 2015 r., zaś pierwotny termin jej wykonania został ustalony na dzień 30 listopada 2016 r. (§ 3 ust 1 umowy), co oznacza, że Odwołujący miał prawie 19 miesięcy na jej realizację. Co więcej, okres realizacji umowy został wskazany przez Odwołującego w ramach postępowania przetargowego, który wskazał, że jest to okres minimalny niezbędny do wykonania zobowiązań umownych;
- b) Kary umowne zostały przewidziane za niewykonanie lub nienależyte wykonanie, które to strony rozumiały jako: odstąpienie od umowy lub niedotrzymanie terminu wykonania umowy (§ 12 ust 1 umowy). Zgodnie z zasadą swobody umów strony mogły określić jakie stany będą kwalifikowane jako nienależyte wykonanie umowy. Skoro wykonawca znał i akceptował wzór umowy, to musiał się liczyć z tym, że opóźnienie w terminowej realizacji będzie przez zamawiającego kwalifikowane jako nienależyte wykonanie umowy, a w konsekwencji naliczone zostaną kary umowne;
- c) W § 14 Umowy, wykonawca przyjął na siebie odpowiedzialność za działania i zaniechania podwykonawców, wobec powyższego nie może się zwolnić z odpowiedzialności tylko z tego tytułu, że do powstania opóźnień przyczynił się JELCZ sp. z o.o. Ponadto, sam Wykonawca jeszcze w marcu 2016 r. twierdził, że opóźnienie wygenerowane przez JELCZ sp. z o.o. uda się zniwelować. Co więcej, z treści odpowiedzi na pozew wynika, że pojazdy były w posiadaniu wykonawcy na długo przed terminem wykonania umowy;
- d) Już z treści protokołu przyjęcia wynika, że w trakcie przejmowania elementów pojawiły się uwagi;
- e) Faktury, ani protokoły przyjęcia załączone do odwołania nie mogą stanowić dowodu na należyte wykonanie usługi, albowiem nie wynika z nich fakt należytego wykonania. Z dokumentów tych co najwyżej można wyprowadzić wniosek, że elementy wskazane w protokole zostały odebrane a odpowiednia część wynagrodzenia została zafakturowana;
- f) Za dowód należytego wykonania umowy nie można uznać również Raportu serii Sprawozdania nr SPR 10/2017 autorstwa E. R., A. I. oraz M. W. z Politechniki Wrocławskiej, który to dotyczył jednego z elementów umowy (ramienia chwytneho układacza mostu MS-20), a co więcej już z tej opinii wynikał że wystąpiły wady konstrukcyjne, a nadto opinia nie jest miarodajna, gdyż analiza była wykonywana w oparciu o model obliczeniowy niepozwalający na pozyskanie kompleksowej wiedzy (str. 18 Raportu). Z wniosków Raportu jednoznacznie wynika, że będą pojawiać się

odkształcenia plastyczne oraz że konieczne jest przeprowadzenie analizy pod kątem obecności pęknięć, które mogą powodować uszkodzenia konstrukcji;

g) sam Odwołujący przyznał w piśmie z dnia 12 grudnia 2016 r. (czyli już po upływie pierwotnego terminu realizacji umowy), że ujawniły się problemy dotyczące realizacji umowy polegające na wystąpieniu usterek w postaci pęknięć spoin ramienia chwytneho wchodzącego w skład układacza przęsła mostu MS-20 i że wada ta uniemożliwia dokonanie odbioru i przekazanie zestawów mostowych do użytkowników oraz że nie ma możliwości niezwłocznego usunięcia uszkodzeń. Układacz jest kluczową częścią całej konstrukcji mostu, gdyż w razie jego wadliwości nie będzie możliwe rozłożenie, czy złożenie mostu MS-20, co oznacza,

że cała konstrukcja nie jest zdalna do umówionego użytku, a tym samym jej odbiór jest niemożliwy;

h) W piśmie z dnia 30 stycznia 2017 r. wykonawca przyznał, że zdiagnozowano szereg pęknięć złącz spawalniczych, jak również nieprawidłowości w konstrukcji spawanej ramy naczepy. Już po terminie wykonania umowy, a przed wydaniem przedmiotu umowy wykonawca podjął decyzję o naprawie wszystkich wykonanych układaczy. Mimo 2-miesięcznego opóźnienia wykonawca dopiero opracowywał metodę naprawy wad konstrukcyjnych;

i) Już w lipcu 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawcę, że mimo 7-miesięcznego opóźnienia otrzymał tylko część zamówionych mostów, które mimo iż są nowe noszą znamiona naprawy, a także że poniósł szkodę wynikającą z braku możliwości odbycia szkolenia oraz współdziałania pododdziałów SZ RP, co jest szczególnie istotne biorąc pod uwagę sytuację geopolityczną. Co więcej, w związku z ujawnionymi wadami konstrukcyjnymi istnieje zwiększone ryzyko ujawnienia się ich w trakcie użytkowania, zaś wobec wydłużonego procesu napraw (wobec błędów konstrukcyjnych) tych błędów nie będzie możliwa normalna eksploatacja. Oznacza to, że przyczyną opóźnienia było nieprawidłowe wykonanie usług, wada konstrukcyjna, brak przeprowadzenia szkolenia, które było częścią zamówienia. Na skutek opóźnienia zagrożone zostało bezpieczeństwo państwa, ponieważ wojska lądowe utraciły możliwość korzystania z zamówionego sprzętu wojskowego i stan ten utrzymuje się do dzisiaj i to nie tylko z powodu opóźnienia, ale również awaryjności mostów i ich podzespołów;

j) Podstawą wykonania umowy była dokumentacja techniczna do produkcji seryjnej opracowana przez Wykonawcę O w ramach realizacji innego zadania;

k) W toku realizacji umowy wyszły na jaw liczne nieprofesjonalne zachowania, w szczególności nawet ekspert powołany przez wykonawców stwierdził, że wady wykonawcze spowodowane są „nieakceptowalnie niską jakością wykonania konstrukcji spawanych wynikłej z braku dochowania staranności przy pracach spawalniczych, niewłaściwym opracowaniem warunków technologicznych spawania oraz oprzyrządowania spawalniczego, brakiem zapewnienia odpowiedniej organizacji kontroli jakości procesów spawania, brakiem odpowiednich umiejętności oraz doświadczenia załogi”;

l) Ze stanowiska Odwołującego wynika, że do opóźnienia w realizacji umowy doszło jedynie z powodu opóźnień wygenerowanych przez podwykonawcę narzuconego przez Zamawiającego (Jelcz sp. z o.o.), co jednak mija się z prawdą. Ten warunek SIWZ wynikał z dokumentacji technicznej sporządzonej przez wykonawcę. Zatem to sam wykonawca w ramach prac wdrożeniowych przewidział możliwość realizacji umowy wyłącznie przy wykorzystaniu pojazdów typu JELCZ a co za tym idzie próba przerzucenia odpowiedzialności na Zamawiającego za powstałe opóźnienia nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w rzeczywistości;

m) Przedmiot usług cechuje się dużą awaryjnością, wobec czego nie można mówić o należyтым wykonaniu umowy również na tym polu.

Z uwagi na przedstawione powyżej okoliczności, wykazane dokumentami załączonymi do odwołania stwierdzić należy, że twierdzenie Odwołującego, że:

- a) zamawiający dokonał odbioru przedmiotu umowy bez zastrzeżeń;
- b) przyczyną odmowy odbioru były jedynie wysokie wymagania odbioru wojskowego;
- c) wyłącznie odpowiedzialnym za opóźnienie był podwykonawca - Jelcz sp. z o.o.;
- d) poprawność konstrukcji pojazdów została potwierdzona opinią Politechniki

Wrocławskiej nie znajdują odzwierciedlenia w załączonej dokumentacji, wobec czego należy je uznać za bezpodstawne.

Na gruncie usługi realizowanej w oparciu o Umowę o realizację pracy rozwojowej NR DPZ/U/2/ZDW/R/1.4.4/20071544, na podstawie dowodów załączonych przez Odwołującego, można stwierdzić, że:

- a) Umowa została zawarta w dniu 4 czerwca 2008 r., a termin jej realizacji został pierwotnie ustalony na dzień 30 listopada 2012 r. (§ 3), co oznacza, że sama umowa zakładała ponad 4 letni okres jej realizacji. Strony zgodnie zmieniły aneksem termin na dzień 30 września 2013 r.;
- b) Zawarto kilka porozumień, w których wykonawca zobowiązał się do wykonania umowy we wskazanym przez siebie terminie. Ostatni termin wskazany przez wykonawcę przypadła na dzień 30 marca 2018 r.;
- c) Odbioru końcowego dokonano w dniach 2-3 sierpnia 2018 r., czyli prawie 6 lat po terminie pierwotnie określonym w umowie i z blisko 5-miesięcznym opóźnieniem w stosunku do terminu określonego ostatnim porozumieniem;
- d) W trakcie odbioru końcowego, komisja odbiorowa ustaliła, że ze względu na błędy merytoryczne, formę oraz brak wymaganej części, zamawiający zwrócił wykonawcy dokumentację eksploatacyjną do poprawy dwukrotnie. Z treści protokołu w sposób jednoznaczny wynika, że pod względem terminowym umowa nie została wykonana zgodnie z postanowieniami umowy, a z uwagi na zwłokę zastosowanie znalazł § 15 umowy obniżający wynagrodzenie należne wykonawcy.

Podkreślenia wymaga, że zawarte porozumienia nie zmieniały terminu określonego umową, a jedynie stanowiły wyraz deklaracji wykonawcy w jakim terminie wykonawca zobowiązuje się wykonać swoje zobowiązania. Co więcej, deklaracja ta była zmieniana pięciokrotnie, ponieważ wykonawca nie dotrzymał żadnego wskazanego przez siebie terminu. Już chociażby ten fakt pozwala wątpić w należyłą staranność wykonawcy i jego profesjonalizm.

Postanowienia regulujące opust cenowy są oparte na konstrukcji zbliżonej do kary umownej. Jedyna różnica między opustem, a karą umowną wyraża się w aspekcie podatkowym. Od kar umownych nie nalicza się VAT, a mimo potrącenia kar z wynagrodzenia od wartości wynagrodzenia należy uiścić VAT w pełnej wysokości. Natomiast opust powoduje obniżenie wynagrodzenia, a tym samym zmienia się wysokość podstawy do obliczenia wysokości podatku VAT. Oznacza to, że Zamawiający uzyskuje pewną korzyść wyrażającą się w tym, że ma mniejszy VAT do zapłaty w razie zastosowania opustu.

Natomiast nie sposób się zgodzić z twierdzeniem, że konstrukcja § 15 Umowy oznacza odnowienie zobowiązania z nowym terminem. Z literalnej wykładni § 15 wynika, że opust cenowy jest sankcją za nienależyte wykonanie w postaci zwłoki w realizacji zobowiązań umownych. To, że umowa przewidywała opust cenowy, a nie karę umowną za zwłokę w realizacji zobowiązań, w żadnej mierze nie oznacza, że Zamawiający nie traktuje zwłoki jako nienależytego wykonania umowy. Umowa jedynie przewidywała inne niż kara umowna konsekwencje zwłoki, które de facto z punktu widzenia wykonawcy odnosiły ten sam skutek co kara umowna potrącona z wynagrodzenia wykonawcy.

To, że opust cenowy nie stanowi surogatu odszkodowania nie ma żadnego znaczenia dla stwierdzenia czy wystąpił stan nienależytego wykonania umowy. Nawet gdyby zamawiający odstąpił od dochodzenia jakichkolwiek roszczeń względem wykonawcy nie oznaczałoby to, że stan nienależytego wykonania umowy nie wystąpił. Należy jednoznacznie rozróżnić dwie płaszczyzny - wystąpienia stanu nienależytego wykonania umowy oraz uprawnień przysługujących stronom w związku z wystąpieniem tego stanu. Instytucja kary umownej czy odszkodowania nie wykluczają możliwości zastosowania innych konstrukcji prawnych wprowadzonych do umowy na mocy swobody kontraktowej stron.

Z § 15 Umowy nie wynika, aby fakt zastosowania opustu cenowego wpływał na zmianę terminu wykonania umowy, a tym bardziej, że wolą stron jest dokonanie nowacji jej postanowień. Gdyby wolą stron było odnowienie zobowiązania przy zmianie wysokości wynagrodzenia i terminu jej realizacji to wynikałoby to w sposób jednoznaczny z jej postanowień. Tymczasem opust cenowy jest powiązany ze stanem zwłoki, która jest właśnie przejawem nienależytego wykonania umowy. Co więcej, twierdzenie, że umowa została wykonana w terminie w sytuacji, gdy wykonawca wielokrotnie zmieniał zadeklarowany (opóźniony) termin realizacji umowy i żadnego z nich nie dotrzymał jest co najmniej

niepoważne i pozbawione podstaw prawnych i faktycznych.

Zmiana terminu zobowiązania nastąpiła jedynie w aneksie nr 1/2009 - termin przesunięto na dzień 30.09.2013 r. Potwierdziły to również same strony w protokole odbioru końcowego z sierpnia 2018 r., wskazując, w pkt IX ust. 1 protokołu, że umowa miała zostać wykonana do dnia 30.09.2013 r., lecz wystąpiła zwłoka wynosząca 1764 dni. Protokół ten został zaakceptowany i podpisany przez wykonawcę, wobec czego prezentowanie w odwołaniu twierdzeń przeciwnych do tego, co Odwołujący sam przyznał i co w sposób jednoznaczny wynika z załączonych do odwołania dokumentów jest nieuzasadnione.

Podsumowując powyższe uznać należy, że z dowodów złożonych przez Odwołującego w toku Postępowania nie można wywieść jednoznacznego wniosku, że usługi objęte wykazem zostały wykonane należycie, co w konsekwencji oznacza, że Odwołujący nie posiada zdolności technicznej, albowiem warunki określone w Ogłoszeniu nie zostały spełnione. W oparciu o dokumenty przedstawione w toku postępowania można powziąć zasadną wątpliwość co do tego, czy usługi objęte wykazem zostały wykonane należycie, zwłaszcza, że między stronami umów objętych wykazem toczy się spór sądowy w zakresie miarkowania kar umownych. Ten fakt pozwala stwierdzić, że istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że Odwołujący nie daje rękojmi należytego wykonania umowy, co z kolei oznacza, że Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego na podstawie art. 131 e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ponadto, podkreślenia wymaga, że nawet w treści odwołania Odwołujący nie próbuje twierdzić, że rzeczywiście wykazał fakt posiadania zdolności technicznej, a jedynie podnosi twierdzenie natury prawnej (a nie faktycznej), że opóźnienie nie mieści się w ramach nienależytego wykonania umowy.

Zupełnie niezrozumiałym jest zarzut naruszenia art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, który to stanowi, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej. Warunki określone w sekcji III.2.3) Ogłoszenia dotyczyły właśnie zdolności technicznej. Również z treści odwołania nie wynika na czym miałyby polegać ewentualne naruszenie powołanych przepisów.

Odwołujący nie wyjaśnia również na czym polega naruszenie art. 22 ust 1a Pzp, który stanowi, że warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, zamawiający określa w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu żadnego twierdzenia dotyczącego niewłaściwego określenia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, nawet gdyby Odwołujący twierdził inaczej, to odwołanie w tym zakresie winno zostać wniesione po opublikowaniu ogłoszenia, a nie dopiero po wykluczeniu wykonawców.

W ocenie Odwołującego kluczowe jest w zasadzie jedynie to, że usługi wskazane w wykazie znacznie przewyższały wartość określoną w sekcji III. 2.3) pkt 1 Ogłoszenia. W ocenie Odwołującego, wykonawca, który wykonał usługi o dużo większej wartości, powinien móc się powołać na to, że wykonał jedynie część (nawet nieznaczną) takiej umowy. Z punktu widzenia Zamawiającego istotne jest wykonania całej umowy, a nie np. 30%. Nawet w razie prawidłowego wykonania części umowy przez wykonawcę, mamy do czynienia z nienależytym wykonaniem całości umowy. Tym się nota bene różni nienależyte wykonanie umowy od niewykonania umowy, że jeżeli chociażby część umowy została wykonana prawidłowo, to nadal umowa jako całość jest wykonana nienależycie. Skoro dany wykonawca potrafi wykonać należycie tylko część umowy, to jej wartość pozostaje bez znaczenia. Posiadanie zdolności technicznej odnosi się do możliwości wykonania całości umowy, a nie jedynie jej części. To, że dany wykonawca wykonał część umowy o znacznej wartości nie oznacza jednoznacznie, że należycie wykona całość zobowiązań wynikających z umowy o mniejszej wartości. W interesie Zamawiającego jest udzielenie zamówienia takiemu wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania umowy w 100%, a nie jedynie częściowo. To wykonawca dokonuje wyboru w jaki sposób i poprzez jakie usługi będzie wykazywał posiadanie zdolności technicznej, więc to na nim spoczywa ciężar i ryzyko powołania się na takie usługi, które pozwolą na jednoznaczne stwierdzenie, że dany wykonawca spełnienia warunki udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem

art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami oraz dokumentów załączonych do odwołania i odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się do załączników do odwołania, których treść objęta została tajemnicą przedsiębiorstwa Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do kwestii spełnienia przez zastrzeżone informacje przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na marginesie zauważyć należy, że Zamawiający przedstawił w załączeniu do odpowiedzi na odwołanie Umowę nr 1, nie obejmując jej treści tajemnicą przedsiębiorstwa, a ponadto w samej odpowiedzi na odwołanie omawiał dokumenty zastrzeżone przez Odwołującego. Stąd, w zakresie w jakim było to niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy, Izba odniosła się w uzasadnieniu wyroku do nieskutecznie utajnionych załączników do odwołania.

Na podstawie materiału dowodowego skład orzekający ustalił następujący stan faktyczny.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu (treść niesporna) Odwołujący wskazał w wykazie wykonanych usług na realizację na rzecz Zamawiającego zamówień objętych Umową nr 1 i 2 (dalej łącznie „Umowy”), zaznaczając przy tym, że umowy te zostały zrealizowane po upływie określonych w nich terminach, co - w ocenie Odwołującego - nie oznacza ich nienależytego wykonania (dowód 1).

Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów stwierdzając, że usługi zrealizowane na podstawie ww. umów nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ zostały wykonane nienależycie, tj. z opóźnieniem wynoszącym, odpowiednio, 330 i 1764 dni (dowód 2).

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący przedstawił wykaz, w którym ponownie ujął usługi zrealizowane na podstawie Umowy nr 1 i 2 i podtrzymał argumentację, zgodnie z którą wykonanie umowy z przekroczeniem terminu nie stanowi o nienależytym wykonaniu wynikającego z niej zobowiązania (dowód 3).

Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 131e ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w powołaniu na argumenty przedstawione następnie w streszczonej powyżej odpowiedzi na odwołanie (dowód 24).

W zakresie stanu faktycznego związanego z realizacją Umów Izba podziela wyrażone w odpowiedzi na odwołanie i poparte załączonymi do niej dowodami stanowisko Zamawiającego, odnosząc się poniżej jedynie do wskazywanych przez Odwołującego okoliczności przeciwnych i mających je potwierdzać dowodów.

Przede wszystkim Odwołujący błędnie wskazywał, w odniesieniu do Umowy nr 1, że w terminie umownym (tj. do dnia 30 listopada 2016 r.) wykonawcy przedstawiono Zamawiającemu egzemplarze mostów w pełnym ukończeniu.

Po pierwsze - wniosku takiego nie sposób wyprowadzić z dowodów 5, w których widnieją daty odbiorów przypadające na 2017 r.

Po drugie - pismo Wykonawcy O z 12 grudnia 2016 r., przedstawione w ramach dowodów 7, stanowi potwierdzenie stanowiska Zamawiającego, że do pierwszego odbioru obejmującego 4 zestawy mostowe MS-20 miało dojść 5 grudnia 2016 r., niemniej jednak z uwagi na ujawnione wady do odbioru ostatecznie nie doszło.

Odnosząc się kolejno do twierdzenia o odpowiedzialności podwykonawcy Jelcz sp. z o.o. za powstałe opóźnienia należało przede wszystkim stwierdzić, że zgodnie z § 14 Umowy nr 1 Wykonawca O przyjął na siebie odpowiedzialność za działania i zaniechania podwykonawców. W konsekwencji, w kontekście dowodów 10, niezrozumiałe było poprzestawanie na wyznaczaniu temu podwykonawcy kolejnych terminów dostaw ciągników bez konsekwencji np. w postaci naliczania kar umownych, przewidzianych w § 11 umowy z podwykonawcą (dowód 9).

Wreszcie nie polegało na prawdzie twierdzenie Odwołującego, jakoby ujawnione w toku eksploatacji wady mostów MS-20 miały charakter drobnych usterek. Odwołujący nie

przedstawił pełnej listy zgłoszeń reklamacyjnych (dowód 20), a ponadto w odwołaniu selektywnie przedstawił sygnalizowane mu wady. W tym zakresie Izba dała wiarę zestawieniu przedstawionemu przez Zamawiającego (dowód 37) i twierdzeniom o istotności niektórych wad, na co Zamawiający przedstawił stosowne dowody (dowody 38-39). Zaprzeczeniem stanowiska Odwołującego są również dowody 40-41 wskazujące na wstrzymanie eksploatacji 2 zestawów mostów.

W konsekwencji przedstawionych powyżej ustaleń Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie zauważyć należy, że za należyte wykonanie zamówienia publicznego Izba poczytuje spełnienie świadczenia wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego w sposób odpowiadający treści łączącego strony stosunku obligacyjnego, tak co do jakości świadczenia, jak i co do terminu jego spełnienia. Można przy tym zgodzić się z ogólnymi stwierdzeniami Odwołującego, że nie każde odstępstwo od określonego w umowie terminu jej realizacji stanowić będzie przejaw nienależytego wykonania zobowiązania oraz, że stwierdzenie tej okoliczności wymaga analizy konkretnego stanu faktycznego, niemniej jednak, w tej sprawie, ustalone okoliczności dotyczące realizacji Umów nie prowadzą do wniosku, że związane z tym uchybienia były - jak chciał tego Odwołujący - nieznaczne, czy incydentalne. Jakkolwiek Odwołujący wykonał na rzecz Zamawiającego oba zamówienia, na których należyte wykonanie się powoływał, to jednak każda z umów wykonana została ze znacznym przekroczeniem terminów, a ponadto świadczenie objęte Umową nr 1 od początku nosiło znamiona wadliwości.

W kwestii Umowy nr 1 okolicznością rzutującą na negatywną ocenę Izby wpływ miał nie tylko ostateczny rozmiar opóźnienia, ale także fakt, że w terminie, w którym powinno dojść do zakończenia dostaw Zamawiający nie otrzymał ani jednego kompletu mostu MS-20. Z kolei mosty dostarczane sukcesywnie z przekroczeniem określonego w Umowie nr 1 terminu, dotknięte były wadami jakościowymi, których usunięcie opóźniało zakończenie procedur odbiorowych i ostatecznie wywołało niemal roczne przekroczenie terminu wykonania kontraktu. Nie bez znaczenia dla oceny jakości świadczenia jest również liczba zgłaszanych usterek (w tym ich istotność skutkująca wstrzymaniem eksploatacji 2 kompletów mostów) i opieszałość w ich usuwaniu.

W ocenie składu orzekającego Odwołujący bezpodstawnie poszukiwał przyczyny opóźnienia w zaniebaniach swojego podwykonawcy - Jelcz sp. z o.o. Należy bowiem zauważyć, że - po pierwsze - z okoliczności sprawy wynika, że to Wykonawca O opracował dokumentację techniczną do produkcji seryjnej mostów MS-20, w tym określił warunki kompletacji oraz dostosowania ciągników pochodzących od Jelcz sp. z o.o. Po drugie - zgodnie z § 14 Umowy nr 1 wykonawcy tego zamówienia (w tym m.in. Wykonawca O) przyjęli odpowiedzialność za działania i zaniechania podwykonawców. W konsekwencji obowiązkiem m.in. Wykonawcy O było takie zorganizowanie dostaw komponentów do produkcji mostów (tu - ciągników), aby możliwa była terminowa realizacja tego zamówienia.

W kwestii Umowy nr 2 Izba nie uznała zasadności twierdzeń Odwołującego, jakoby naliczone przez Zamawiającego opusty cenowe (§ 15 umowy) należało traktować, w okolicznościach sprawy, jako element ceny oferty, nie zaś instytucję, której istota odpowiada karze umownej. Niezależnie od przyjętego przez Zamawiającego nazewnictwa, które - zdaniem składu orzekającego - nie przesądza o znaczeniu danej konstrukcji prawnej należało rozważyć przesłanki zastosowania opustu. Z przywołanego postanowienia umowy i przytoczonego w odpowiedzi na odwołanie § 48 decyzji Nr 291/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 r. wynikało, że opust przysługiwał za nieterminową realizację umowy - zwłokę (a więc, jak wspomniano powyżej, za okoliczność będącą przejawem nienależytego wykonania umowy) i stosowany był w umowach, w których termin realizacji zamówienia był istotny dla zamawiającego. Z powyższego wynika, że opust miał postać sankcji skutkującej obniżeniem wynagrodzenia, której celem było zabezpieczenie interesów zamawiającego w kontekście terminowości wykonania na jego rzecz zobowiązania. Z powyższego można z kolei wyprowadzić wniosek o dyscyplinującym charakterze omawianej instytucji, zwłaszcza zważywszy na fakt, że opusy naliczane były przez Zamawiającego. Przedstawione rozważania podważają zasadność twierdzenia o przynależności opustu do ceny oferty, której określenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy do kompetencji wykonawcy.

Nie mogły również odnieść skutku twierdzenia Odwołującego o kilkukrotnym przesuwaniu terminu realizacji świadczenia wynikającego z Umowy nr 2. Niezależnie od zapatrywań na charakter zawieranych z Zamawiającym porozumień nie sposób nie zauważyć, że Wykonawca O nie wywiązywał się z kilkukrotnie składanych deklaracji odnośnie terminu wykonania zamówienia, nie wykonał go nawet w dacie przewidzianej w ostatnim z porozumień,

co znalazło odzwierciedlenie w protokole odbioru końcowego.

Na zakończenie należy odnieść się do podnoszonej przez Odwołującego kwestii proporcjonalności działań Zamawiającego. Jakkolwiek treść tego zarzutu, w tym przywołane w odwołaniu orzecznictwo, odnosi się zasadniczo do zasad formułowania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (których termin zaskarżenia ad casum bezsprzecznie upłynął), to jednak nie sposób nie zauważyć, że wymóg proporcjonalności dotyczy wszystkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku takiego postępowania. Potwierdza to przepis art. 7 ust. 1 Pzp, z którego wynika, że przygotowanie i przeprowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia musi odpowiadać zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości. Oznacza to, że w okolicznościach konkretnej sprawy działanie zamawiającego może zostać uznane za nieproporcjonalne (nieadekwatne) do celu, jakiego osiągnięciu działanie takie służy. Nie jest jednak tak, jak przekonywał Odwołujący, że w tej sprawie ocena proporcjonalności zaskarżonej odwołaniem czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania wymagała wyłącznie porównania wysokości kwoty wskazanej w treści warunku, którego wykazaniu spełnienia Odwołujący nie sprostał, do sumy zrealizowanych przez niego zamówień. Ocena proporcjonalności wymagała także rozważenia celu stawiania warunków udziału w postępowaniu, a jest nim zapewnienie zamawiającemu możliwości wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego (tj. również terminowego) wykonania zamówienia. Ponadto, omawianą kwestię należało odnieść również do okoliczności udzielanego zamówienia, związanych tak z jego przedmiotem, jak i ze statusem Zamawiającego. W tym kontekście Odwołujący pominął, że mamy do czynienia ze szczególną kategorią zamawiającego, jak i z zamówieniem w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa. Ergo biorąc pod uwagę zarówno stwierdzone przez Izbę przyczyny nienależytego wykonania zamówień, jak i wspomniane powyżej okoliczności, zarzut Odwołującego nie mógł się ostać.

Nie mogła również odnieść skutku argumentacja Odwołującego wskazująca na możliwość uznania Umów za należyte wykonane w części niezbędnej do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu. Przeszkody w skorzystaniu z takiej ewentualności poszukiwać należało w treści samego warunku, którego wykazaniu spełnienia służyły zamówienia realizowane na podstawie Umów. Warunek odnosił się bowiem niepodzielnie do 1 (jednej) usługi polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu dźwigu (żurawia) samojezdnego lub konstrukcji mostów składanych o wartości brutto co najmniej 1 mln zł. Jeżeli zatem w ramach usługi przewidziano wykonanie większej liczby urządzeń, to powinny one zostać zaprojektowane i wykonane w całości.

Reasumując przedstawione powyżej zapatrywania orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 4 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. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: