

Sygn. akt: KIO 551/21

WYROK
z dnia 23 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik
Aleksandra Patyk
Bartosz Stankiewicz

Protokolant:

Mikołaj

Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2021 r. przez wykonawcę Apis Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Urząd Miasta i Gminy w Skawinie

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Apis Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego Apis Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu na rzecz zamawiającego Urzędu Miasta i Gminy w Skawinie kwotę 3 900 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset złotych i zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....
.....

Sygn. akt: KIO 551/21

Uzasadnienie

Zamawiający Urząd Miasta i Gminy w Skawinie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: „Rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina” Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu – dokończenie rozpoczętej inwestycji” (nr ref. ZP.271.52-3.IN.2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 grudnia 2020 r. pod numerem 774714-N-2020. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 19 lutego 2021 r. wykonawca Apis Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jarosławiu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i błędne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania ponieważ w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wykonawca nie wykonał na rzecz Zamawiającego dwóch zamówień publicznych, tj. „Rozbudowy istniejącego placu zabaw w Grabiu” nr ZP.271.43.IN.2019 oraz „Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska w Facimiechu wraz z infrastrukturą rekreacyjną” nr ZP.271.4.1.IN.2019, podczas gdy okoliczności takie nie miały miejsca, bowiem odstąpienie od powyższych dwóch umów przez Zamawiającego z dnia 6.08.2020 r. było pozbawione podstaw tak faktycznych jak i prawnych, a przez to było bezskuteczne, co znalazło wyraz w kolejnych pismach wykonawcy oraz stanowi przedmiot postępowania sądowego, bowiem wykonawca nie naruszył wymagań dotyczących zatrudnienia, o których mowa w § 9 ust. 1 lit. j umów, co więcej zgodnie z zapisami umowy, jak i SIWZ przez cały okres umowy zatrudnił odpowiednią liczbę pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności. Co więcej Odwołujący w zasobach pracowniczych wykazywał, aż 4 pracowników z takim orzeczeniem, mimo, że dla spełnienia przesłanki o której mowa w § 9 ust. 4 umowy wystarczające było zatrudnienie 2 pracowników z niepełnosprawnością, konsekwentnie, wobec postawy Zamawiającego i niemożności realizowania umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego, Odwołujący w dniu 24.08.2020 r. skutecznie odstąpił od umowy nr IN.271.4.1.2020 z winy Zamawiającego, wskazując również jako podstawę odstąpienia od umowy art 649⁴ § 1 k.c., tj. nieudzielenie przez Zamawiającego gwarancji zapłaty za roboty budowlane, jak również wystąpienie przyczyn o których mowa w art. 15 ust. 2 lit. a umowy, a także wskazanych w art. 640 k.c., a co za tym idzie niewykonanie zadania przez Odwołującego nie nastąpiło w wyniku zamierzonego działania czy też rażącego niedbalstwa, a wyłącznie Zamawiającego, który, co niedopuszczalne usiłuje wyciągnąć wobec wykonawcy negatywne konsekwencje z takiego działania, a co za tym idzie nie zostały wypełnione przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym wobec Odwołującego nie zachodzą podstawy wykluczenia;
2. art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i błędne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania ponieważ z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał w istotnym stopniu dwóch wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy również w tym przypadku odstąpienie od umowy nr ZP.271.4.3.IN.2019 przez Zamawiającego dnia 6.08.2020r. z winy wykonawcy było pozbawione podstaw tak faktycznych jak i prawnych a przez to było bezskuteczne, bowiem wykonawca nie naruszył wymagań dotyczących zatrudnienia, o których mowa w § 9 ust. 1 lit. j umowy, bowiem zgodnie z zapisami umowy, jak i SIWZ przez cały okres umowy zatrudnił odpowiednią liczbę pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności. Co więcej, Odwołujący w zasobach pracowniczych wykazywał aż 4 pracowników z takim orzeczeniem, mimo, że dla spełnienia przesłanki o której mowa w § 9 ust. 4 umowy wystarczające jest zatrudnienie 2 pracowników z niepełnosprawnością, ponadto to Odwołujący w dniu 24.08.2020 r. skutecznie odstąpił od umowy nr IN.271.4.1.2020 z winy Zamawiającego, podstawą

odstąpienia od umowy był art 649⁴ § 1 k.c., tj. nieudzielenie przez Zamawiającego gwarancji zapłaty za roboty budowlane, jak również wystąpienie przyczyn o których mowa w art. 15 ust. 2 lit. a umowy, a także wskazanych w art. 640 k.c., a co za tym idzie, przywołane przez Zamawiającego okoliczności związane z realizacją ww. umów nie wypełniają przesłanek określonych w art 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, a tym samym wobec Odwołującego nie zachodzą podstawy do wykluczenia;

3.art 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

4.art 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust 4 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwie zastosowanie, a co za tym idzie bezpodstawne odrzucenie oferty Wykonawcy, niepodlegającego wykluczeniu przy jednoczesnym bezpodstawnym zaniechaniu jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania czynności ponownej oceny oferty Odwołującego, prowadzenia postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez, Odwołującego. Odwołujący wniósł także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie naruszył warunków zawartej umowy, tj. obowiązku określonego w § 9 ust. 1 lit j, bowiem zgodnie z zapisami umowy, jak i SIWZ przez cały okres umowy zatrudniał odpowiednią,

liczbę pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności. Odwołujący w zasobach pracowniczych wykazywał, iż 4 pracowników z takim orzeczeniem, mimo, że dla spełnienia przesłanki o której mowa w § 9 ust. 4 umowy wystarczające jest zatrudnienie 2 pracowników z niepełnosprawnością. Odwołujący wskazał także, że w związku z informacją uzyskaną przez realizację inwestycji od działu kadrowego, nie było potrzeby informowania Zamawiającego o jakiegokolwiek zmianie w oparciu o § 9 ust 5 umowy w zakresie zatrudnionych przez wykonawcę pracowników niepełnosprawnych na inwestycji boiska w Facimiechu w miejsce uprzednio wskazanego W. P. bowiem jego orzeczenie o niepełnosprawności zostało automatycznie wydłużone i nadal jest ważne, mimo braku przedłożenia aktualnego dokumentu, ma on nadal status osoby niepełnosprawnej. Jak Odwołujący informował Zamawiającego w piśmie z dnia 06.08.2020 r. wynika to z art 15h ust 1 pkt 2) ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych z dnia 2 marca 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 874). Powyższe oznacza, że orzeczenia o niepełnosprawności Pana W. P., które wygasły w okresie stanu epidemii koronawirusa Sars-Cov-2 wywołującego chorobę COVID-19 uległy automatycznemu przedłużeniu i jest on nadal drugim z dwóch dedykowanych do realizacji inwestycji w Facimiechu pracownikiem niepełnosprawnym. Niezależnie od powyższych argumentów, Odwołujący podkreślił, że nawet idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, tj. przyjęcia faktu, że na dwóch inwestycjach w Facimiechu i Grabiach pracowało maksymalnie 3 pracowników niepełnosprawnych, to pismem z dnia 7.07.2020 r. wskazano Zamawiającemu omyłkowo (działając pod wpływem błędu co do wygaśnięcia orzeczenia o niepełnosprawności Pana W. P.), że Pan P. P. wykonuje obowiązki na budowie w miejscowości Facimiech bowiem w Grabiu trwa proces produkcji urządzeń, to w momencie złożenia przez Zamawiającego nieskutecznego odstąpienia od umowy dotyczącego inwestycji w Facimiechu, na tej inwestycji zgodnie z informacją jaką posiadał Zamawiający zatrudniano co najmniej dwóch niepełnosprawnych – W. P. i P. P., a ponadto jeszcze M. O. . O powyższym Odwołujący informował, Zamawiającego chociażby w piśmie z dnia 6.08.2020 r., czy też 13.08.2020 r. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2019 r. KIO 2613/18 Zdaniem Odwołującego bezskuteczność złożonego przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy wynika również z faktu, że w § 15 umowy Zamawiający przewidział tzw. umowne prawo odstąpienia, o którym stanowi art. 395 § 1 k.c. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Odwołujący podniósł, że w § 15 ust. 1 lit. i) nie wskazano terminu, w którym Zamawiający może skutecznie odstąpić od umowy, a jest to warunek przesądzący o możliwości i ważności takiego zastrzeżenia. Warunkiem ważności umownego prawa odstąpienia jest określenie terminu, w którym odstąpienie może nastąpić (Odwołujący powołał się w tym zakresie na poglądy orzecznictwa i doktryny).

Odwołujący podniósł ponadto, iż w trakcie realizacji inwestycji „Rozbudowy istniejącego placu zabaw w Grabiu” umowa nr ZP.271.4.3.IN.2019, oraz „Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska w Facimiechu wraz z infrastrukturą rekreacyjną” umowa nr ZP.271.4.1.IN.2019 Odwołujący wielokrotnie wzywał Zamawiającego do przedłożenia prawidłowego projektu budowlanego, bowiem przygotowany przez Zamawiającego projekt budowlany zawierał istotne rozbieżności pomiędzy opinią geologiczną wchodzącą w skład dokumentacji budowlanej, a dokumentację geologiczną wykonaną przez wykonawcę, co uniemożliwiało Odwołującemu prowadzenie robót, o czym informował on chociażby pismem z dnia 30.07.2020 r. i wezwał Zamawiającego do zmiany sposobu wykonywania umowy i przywrócenia stanu zgodnego z umową. Odwołujący wskazał także, iż w trakcie realizacji tych inwestycji Zamawiający nie udzielił mu gwarancji zapłaty za roboty budowlane, której brak stanowi bezwzględnie, zawnioną przez Zamawiającego przyczynę odstąpienia od umowy. Wszystkie te okoliczności stanowiły podstawą odstąpienia Odwołującego od umów z winy Zamawiającego na 649⁴ § 1 k.c., jak również zaistnienie przyczyn, o których mowa w art. 15 ust. 2 lit. a) umowy, a także wskazane w art. 640 k.c. Odwołujący podniósł także, że Zamawiający w treści zawiadomienia w żaden sposób nie wykazał i nie udowodnił istnienia podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania (Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2019 r. KIO 589/19).

Zamawiający w dniu 16 marca 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W treści pisma przedstawił szczegółowo stan faktyczny sprawy, omawiając postanowienia SIWZ dotyczące postępowań w efekcie, których Zamawiający zawarł z Odwołującym umowy nr IN.271.4.1.2020 oraz IN.271.4.3.2020. Zamawiający zwrócił uwagę m.in. na okoliczność zadeklarowania przez Odwołującego na potrzeby kryteriów oceny ofert zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dwóch osób niepełnosprawnych w części 1 i 2 zamówienia. Zamawiający podkreślił, że powyższe zdecydowało o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W zakresie części 1, gdyby Odwołujący nie otrzymał 10 pkt za zatrudnienie osób niepełnosprawnych, uzyskałby w sumie 87,90 pkt, natomiast większą liczbę punktów otrzymało dwóch innych wykonawców: BELLSPOT – 95,27 pkt, TORAKOL – 90 pkt – zgodnie z punktacją w zawiadomieniu o wyborze oferty dla części 1, z kolei w zakresie części 2, gdyby Odwołujący nie otrzymał 10 pkt za zatrudnienie osób niepełnosprawnych uzyskałby w sumie 90,00 pkt, natomiast większą liczbę punktów otrzymał NOVUM – 90,94 pkt – zgodnie z punktacją w Zawiadomieniu o wyborze oferty dla części 2.

W odniesieniu do części 1 (Facimiech) Zamawiający wskazał, iż zgodnie z treścią przekazanych przez Odwołującego dokumentów na potrzeby realizacji tej części zamówienia jako osoby niepełnosprawne zostali zatrudnieni: 1) M. O. i W. P. od dnia 4 marca 2020 roku do dnia 19 maja 2020 r., 2) P. P. od dnia 19 maja 2020 roku do dnia 1 czerwca 2020 roku (lub 7 lipca 2020 roku), 3) P. P. i W. P. od dnia 1 czerwca 2020 roku (lub 7 lipca 2020 roku) do dnia 6 sierpnia 2020 roku. Zamawiający podniósł, iż nie posiada jakichkolwiek informacji, żeby którakolwiek z wyżej wymienionych osób wykonywała jakiejkolwiek czynności związane z realizacją Części 1. Co więcej, wskazane powyżej osoby nigdy nie pojawiły się w miejscu realizacji inwestycji, a wszelkie roboty były wykonywane przez podwykonawców, tj.: CITYBRUK sp. z o.o. sp.k. oraz ZELPiG s.c. P. P., G. P.. Dodatkowo, P. P. był zatrudniony na stanowisku specjalisty ds. zamówień publicznych, a zatem nie wykonywał żadnych prac związanych z realizacją Części 1. Wskazanie tego pracownika nie

wypełnia zobowiązania określonego w umowie i pozostaje bez znaczenia dla oceny wypełnienia zobowiązania przez Odwołującego M. O. rozwiązał w maju bądź w czerwcu 2020 roku umowę z Odwołującym, o czym został poinformowany inspektor nadzoru w rozmowie z P. W., pełnomocnikiem Odwołującego. Zamawiający podniósł, iż na powyższe okoliczności (tj. brak pracowników niepełnosprawnych oddelgowanych do realizacji zamówienia) wielokrotnie zwracał uwagę Odwołującemu inspektor nadzoru powołany przez Zamawiającego. Odwołujący pozostał jednak bierny w tym zakresie. Odwołujący nigdy nie wykonał cięższego na nim zobowiązania, albowiem całość zleconych mu prac wykonywali podwykonawcy, a wskazane przez Odwołującego osoby w oświadczeniach nigdy nie pojawiły się na placu budowy oraz nie wykonały żadnej czynności w ramach przedmiotu umowy. Odwołujący nie wypełnił zobowiązania pomimo wielokrotnego zwracania mu na tę okoliczność uwagi przez Zamawiającego.

W zakresie części 2 (Grabie) Zamawiający wskazał, iż zgodnie z treścią przekazanych przez Odwołującego dokumentów na potrzeby realizacji tej części zamówienia jako osoby niepełnosprawne zostali zatrudnieni: 1) J. D. i G. B. od dnia 4 marca 2020 roku do dnia 19 maja 2020 roku, 2) J. D. od dnia 19 maja 2020 roku do dnia 6 sierpnia 2020 roku. Zamawiający nie posiada jakichkolwiek informacji, żeby którakolwiek z wyżej wymienionych osób wykonywała jakiekolwiek czynności związane z realizacją części 2. Co więcej, wskazane powyżej osoby nigdy nie pojawiły się w miejscu realizacji inwestycji, a wszelkie roboty były wykonywane przez podwykonawcę, tj.: AX-BUD A. G. . Zawarta przez Odwołującego z G. B. umowa o pracę wygasła w dniu 19 maja 2020 roku. 20. Na powyższe okoliczności wielokrotnie zwracał uwagę Odwołującemu inspektor nadzoru powołany przez Zamawiającego. Odwołujący pozostał jednak bierny w tym zakresie. Odwołujący nigdy nie wykonał cięższego na nim zobowiązania także w ramach tej umowy, albowiem całość zleconych mu prac wykonywał podwykonawca, a wskazane przez Odwołującego osoby w oświadczeniach nigdy nie pojawiły się na placu budowy oraz nie wykonały żadnej czynności w ramach przedmiotu umowy. Odwołujący nie wypełnił zobowiązania pomimo wielokrotnego zwracania mu na tę okoliczność uwagi przez Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, iż ze względu na notoryczne niewykonywanie przez Odwołującego przyjętego na siebie (już w ofercie) zobowiązania do zatrudnienia dwóch osób niepełnosprawnych do realizacji każdej z części zamówienia, w dniu 6 sierpnia 2020 roku, działając na podstawie § 15 ust. 1 lit. i) umów odstąpił od obu zawartych z Odwołującym umów z dnia 4 marca 2020 roku. Podkreślił, iż przyjęcie na siebie zobowiązania zatrudnienia osób niepełnosprawnych, przewidzianego w ramach kryterium oceny ofert, spowodowało, iż złożona przez Odwołującego oferta na obie części zamówienia została uznana za najkorzystniejszą a brak powyższej deklaracji skutkowałby wyborem innego wykonawcy. Wskazane powyżej oświadczenia do dzisiaj nie zostały skutecznie zakwestionowane przez Odwołującego, natomiast do wskazanych w odwołaniu pism Odwołującego z dnia 6 sierpnia 2020 roku (dwa pisma), 13 sierpnia 2020 roku oraz 24 sierpnia 2020 roku (dwa pisma) Zamawiający odniósł się kompleksowo pismem z dnia 27 sierpnia 2020 roku, w którym wskazał na bezpodstawność twierdzeń Odwołującego zarówno z przyczyn faktycznych, jak i prawnych. Zamawiający wskazał ponadto, iż do czasu odstąpienia od umów część 1 została wykonana zaledwie w ok. 21,37 % (tj. 493.578,69 zł z 2.309.376,12 zł), natomiast część 2 została wykonana zaledwie w ok. 20,48 % (tj. 84.853,27 zł z 414.204,30 zł). Pismami z dnia 31 grudnia 2020 roku Zamawiający naliczył Odwołującemu kary umowne odpowiednio w związku z odstąpieniem od umowy dla Części 1 – 150.000,00 zł oraz w związku z odstąpieniem od umowy dla Części 2 – 90.000,00 zł. Odwołujący do dzisiaj nie zapłacił należnych Zamawiającemu kar umownych.

W ocenie Zamawiającego w stosunku do Odwołującego zaistniały dwie fakultatywne przesłanki wykluczenia - z art. 24 ust. 5 pkt 2 i z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił szczegółową argumentację prawną odnoszącą się do interpretacji ww. podstaw wykluczenia, omawiając wystąpienie poszczególnych przesłanek wskazanych w tych przepisach. Odnosząc się zaś do treści odwołania Zamawiający wskazał, iż twierdzenia tam zawarte są głosowne i nieprawdziwe. Nieprawdą jest, że Odwołujący zgodnie z zapisami SIWZ i umowy przez cały okres umowy zatrudnił odpowiednią liczbę pracowników z orzeczeniami o niepełnosprawności, albowiem jak wynika z przeprowadzonych przez inspektora nadzoru kontroli, analizy dokumentów uzyskanych od podwykonawców oraz oświadczeń samego Odwołującego, Odwołujący nigdy nie skierował do wykonania przedmiotu zamówienia żadnej osoby niepełnosprawnej, która ponadto byłaby zatrudniona na umowę o pracę. Analiza okoliczności związanych z realizacją umów przez Odwołującego, w tym przedkładanych Zamawiającemu dokumentów (oświadczeń), prowadzi do wniosku, iż spełnienie przyjętego dobrowolnie obowiązku realizacji przedmiotu umowy przy pomocy dwóch osób niepełnosprawnych przeznaczonych do realizacji zamówienia w całym okresie jego trwania, zatrudnionych na umowie o pracę, było wyłącznie iluzoryczne i nie spełniało celu jakiemu spełnienie tego obowiązku miało w rzeczywistości przyswiecać. Znamienne zdaniem Zamawiającego jest, iż pomimo upływu ponad 7 miesięcy od dnia odstąpienia od umów przez Zamawiającego oraz wymienienia pomiędzy stronami licznej korespondencji, a także wykluczenia Odwołującego z kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący do dzisiaj nie wskazał precyzyjnie w jakich przedziałach czasowych, jakie osoby niepełnosprawne pracowały w ramach poszczególnych zamówień, a ponadto nie poparł tego żadnymi dokumentami, choć zgodnie z zawartymi umowami był do tego zobowiązany. Nieprawdą jest w ocenie Zamawiającego, że do spełnienia przesłanki określonej w § 9 ust. 2 umów wystarczy zatrudnienie 2 pracowników niepełnosprawnych. Zamawiający powołał się na treść SIWZ, wskazując, że Odwołujący realizując dwie części zamówienia zobowiązany był do zatrudnienia co najmniej 4 pracowników niepełnosprawnych, tj. co najmniej po dwóch przy realizacji każdej z części.

Zamawiający podniósł, iż bez znaczenia dla sprawy pozostaje przedłużenie ważności orzeczenia o niepełnosprawności W. P. na podstawie przepisów wydanych w związku z pandemią COVID-19, gdyż Zamawiający nigdy nie kwestionował posiadania przez tą osobę orzeczenia o niepełnosprawności, lecz wskazywał na niewykonywanie przez nią jakichkolwiek czynności w ramach realizowanego zamówienia (żadnej z części). Nieprawdą jest także zdaniem Zamawiającego fakt, że P. P. wykonywał obowiązki na budowie w Facimiechu lub w Grabiu, ponieważ osoba ta została zatrudniona na stanowisku specjalisty ds. zamówień publicznych i nigdy nie pojawiła się w miejscu wykonywania przedmiotu zamówienia. Ponadto Zamawiający wskazał, iż bez znaczenia dla sprawy i głosowny pozostaje wskazany przez Odwołującego (a kwestionowany przez Zamawiającego) fakt, iż w Grabiu (część 2) trwał proces produkcji urządzeń, dlatego też P. P. został przeniesiony z budowy w Grabiu na budowę w Facimiechu (część 1), ponieważ P. P. nigdy nie wykonywał także żadnych czynności w ramach części 2. Powyższe nie było także przedmiotem żadnego oświadczenia Odwołującego przekazanego Zamawiającemu. Zdaniem Zamawiającego nieprawdą jest także, że M. O. w sierpniu 2020 roku wykonywał jakiegokolwiek obowiązki na budowie w Facimiechu, ponieważ jak wynika z informacji pozyskanych przez inspektora nadzoru osoba ta w czerwcu 2020 roku nie świadczyła już pracy na rzecz Odwołującego. Nie jest również prawdą że Odwołujący kwestionuje skuteczność złożonych przez Zamawiającego oświadczeń o odstąpieniu od umów w ramach postępowania sądowego, bowiem do dnia sporządzenia odpowiedzi na odwołanie takie postępowanie nie zostało wszczęte, natomiast przeciwnie twierdzenia Odwołującego są głosowne.

W ocenie Zamawiającego w przedmiotowej sprawie nie znajdzie zastosowania cytowany przez Odwołującego wyrok Krajowe Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2019 roku, ponieważ odnosi się on do odmiennej sytuacji niż sytuacja opisana w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Zamawiający zwrócił również uwagę, iż prawo odstąpienia od umowy przewidziane w § 15 ust. 1 lit i) (w brzmieniu tożsamym dla każdej z powołanych na wstępie umów) nie może być uznane za nieważne. Podnoszony przez odwołującego zarzut nie dość że pozostaje bez znaczenia dla sprawy (nie wpływa na uprawnienie do zastosowania przesłanki określonej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp), to również jest sprzeczny z obowiązującymi przepisami oraz treścią aktualnego orzecznictwa sądów powszechnych. Ww. zapis jest odzwierciedleniem regulacji przewidzianej w art. 492 kodeksu cywilnego – przepis ten, w przeciwieństwie do art. 395

kodeksu cywilnego, odnosi się do odstąpienia sankcyjnego zastrzeżonego na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie ściśle określonym. Przyjmuje się, że w przypadku realizacji uprawnień do odstąpienia od umowy na ww. podstawie nie jest konieczne wprowadzenie terminu do klauzuli odstąpienia (tak m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 grudnia 2018 roku, sygn. akt: I ACa 504/18, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 7 września 2016 roku, sygn. akt: I ACa 207/16). Bez znaczenia dla sprawy pozostają także twierdzenia odnoszące się do rzekomo wadliwego projektu budowlanego, które do dzisiaj pozostały gołosłowne, a którym Zamawiający wielokrotnie zaprzeczył, rzekomej wadliwości przedłożonej przez Zamawiającego gwarancji zapłaty i zaistnienia podstaw do odstąpienia od umów przez Odwołującego, którym również Zamawiający wielokrotnie zaprzeczył. Zamawiający podkreślił, iż przy pomocy dokumentów, w tym w szczególności oświadczeń złożonych przez Odwołującego wykazał i udowodnił, iż zaistniały wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba stwierdziła, iż w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy nPzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, który został wykluczony z postępowania, a którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu przez Izbę unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę Odwołującego, zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z dokumentów złożonych przez Strony na okoliczność ich treści, tj.:

1.z dokumentów złożonych przez Odwołującego:

- umowa z dnia 4 marca 2020 roku nr IN.271.4.1.2020;
- umowa z dnia 4 marca 2020 roku nr IN.271.4.3.2020;
- pismo Odwołującego z dnia 6 sierpnia 2020 r. dot. umowy IN.271.4.1.2020 o wstrzymaniu robót na wniosek Zamawiającego;
- pismo Odwołującego z dnia 6 sierpnia 2020 r. dot. umowy IN.271.4.1.2020 o podjęciu prac związanych z zabezpieczeniem terenu budowy;
- pismo Odwołującego z dnia 6 sierpnia 2020 r. dot. umowy IN.271.4.3.2020 o wstrzymaniu robót na wniosek Zamawiającego;
- pismo Odwołującego z dnia 6 sierpnia 2020 r. dot. umowy IN.271.4.3.2020 o podjęciu prac związanych z zabezpieczeniem terenu budowy;
- dokumenty potwierdzające zgłoszenie do ubezpieczeń p. P., p. P., p. O., p. D. z adnotacjami specjalisty ds. kadr;
- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 30.07.2020 r. dot. uzupełniających badań geotechnicznych;
- pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 13.08.2020 r. – wezwanie do zmiany sposobu wykonywania umowy (dot. umów nr IN.271.4.1.2020 oraz IN.271.4.3.2020);
- oświadczenie Odwołującego z dnia 24.08.2020 r. o odstąpieniu od umowy nr IN.271.4.1.2020;
- oświadczenie Odwołującego z dnia 24.08.2020 r. o odstąpieniu od umowy nr IN.271.4.3.2020;
- dokument potwierdzający zgłoszenie do ubezpieczeń p. M. O. z dniem 1.02.2019 r. z adnotacją specjalisty ds. kadr o jego dalszym zatrudnieniu;

2.z dokumentów złożonych przez Zamawiającego:

- ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 sierpnia 2020 r. pod numerem 2019/S 158-389719;
- SIWZ dla postępowania na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania „Rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina” (ZP.271.43.IN.2019) wraz z załącznikami, w tym wzorem umowy;
- oferta Odwołującego w postępowaniu ZP.271.43.IN.2019;
- informacja z otwarcia ofert w postępowaniu ZP.271.43.IN.2019;
- zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu ZP.271.43.IN.2019;
- umowa z dnia 4 marca 2020 roku nr IN.271.4.1.2020;
- umowa z dnia 4 marca 2020 roku nr IN.271.4.3.2020;
- oświadczenie Odwołującego z dnia 4 marca 2020 r. dot. zatrudnienia osób do realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 wraz z załącznikami (umowy o pracę, orzeczenia o niepełnosprawności oraz dokumenty potwierdzające zgłoszenie do ubezpieczeń);
- oświadczenie Odwołującego z dnia 19 maja 2020 r. dot. zatrudnienia osób do realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 wraz z załącznikami (umowa o pracę, orzeczenie o niepełnosprawności oraz dokument potwierdzający zgłoszenie do ubezpieczeń);
- pismo Odwołującego z dnia 7 lipca 2020 r. wraz ze zaktualizowanym oświadczeniem dot. zatrudnienia osób do realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 i załącznikami;
- notatka inspektora nadzoru z dnia 19 czerwca 2020 r.;
- oświadczenie Odwołującego z dnia 4 marca 2020 r. dot. zatrudnienia osób do realizacji umowy nr IN.271.4.3.2020 wraz z załącznikami (umowy o pracę, orzeczenia o niepełnosprawności oraz dokumenty potwierdzające zgłoszenie do ubezpieczeń);
- notatka ze spotkania Zamawiającego i Odwołującego z dnia 6 sierpnia 2020 r.;
- oświadczenie Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2020 r. o odstąpieniu od umowy nr IN.271.4.1.2020;
- oświadczenie Zamawiającego z dnia 6 sierpnia 2020 r. o odstąpieniu od umowy nr IN.271.4.3.2020;
- pismo Zamawiającego z dnia 27 sierpnia 2020 r.;
- protokół odbioru technicznego wykonanych robót budowlanych z dnia 23.09.2020 r. dot. umowy nr IN.271.4.1.2020 wraz z protokołem inwentaryzacji;
- protokół odbioru technicznego wykonanych robót budowlanych z dnia 23.09.2020 r. dot. umowy nr IN.271.4.3.2020 wraz z protokołem inwentaryzacji;

- oświadczenia Zamawiającego z dnia 31.12.2020 r. o naliczaniu kar umownych dot. umów nr IN.271.4.1.2020 i IN.271.4.3.2020;
- dokumenty dotyczące realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 przy pomocy podwykonawców (umowa z Citybruk Sp. z o.o. Sp. k., dowody potwierdzające zatrudnienie osób na podstawie umowy o pracę przez podwykonawcę, umowa z ZELPiG s.c.);
- dokumenty dotyczące realizacji umowy nr IN.271.4.3.2020 przy pomocy podwykonawców (umowa z Ax-Bud A. G.);
- korespondencja pomiędzy Zamawiającym a podwykonawcami dotycząca wypłacenia wynagrodzenia bezpośrednio podwykonawcom (wraz z dokumentacją rozliczeniową);
- oświadczenie Citybruk Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 16 marca 2021 r.;
- oświadczenie ZELPiG s.c. z dnia 16 marca 2021 r.;
- oświadczenie Ax-Bud. z dnia 16 marca 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Miasta i Gminy w Skawinie pn. „Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: „Rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina” Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu – dokończenie rozpoczętej inwestycji”.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w treści SIWZ przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający w punkcie 5.5. SIWZ wskazał, iż na podstawie art. 24 ust. 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyklucza również wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych (ppkt 2) oraz wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania (ppkt 2). Analogiczne podstawy wykluczenia wskazano w pkt III.2.2 ogłoszeniu o zamówieniu.

Pismem z dnia 15 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w ciągu ostatnich trzech lat: 1) poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. Jest tak ponieważ w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa Wykonawca nie wykonał na rzecz Zamawiającego dwóch zamówień publicznych, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych w postaci dokumentacji przedmiotowych postępowań, umów zawartych pomiędzy Wykonawcą i Zamawiającym oraz korespondencji stron; 2) z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał w istotnym stopniu dwóch wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych z Zamawiającym, co doprowadziło do rozwiązania tych umów w drodze złożonych przez Zamawiającego oświadczeń o odstąpieniu od umowy. Stanowisko Zamawiającego odnosiło się do następujących zamówień publicznych:

- 1) „Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu” nr ZP.271.43.IN.2019, w którym:
 - a) została zawarta pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą umowa nr IN.271.4.3.2020 z dnia 4 marca 2020 roku,
 - b) Wykonawca naruszył warunki ww. umowy (tj. określony w § 9 ust. 1 lit. j - obowiązek zatrudnienia w trakcie wykonywania przedmiotu umowy na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności podstawowe i pomocnicze w zakresie wszelkich robót budowlanych oraz osób obsługujących sprzęt wykorzystywany do realizacji zamówienia, co było powiązane z naruszeniem określonych przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym kryteriów oceny złożonej przez Wykonawcę oferty w zakresie kryterium Aspekty społeczne - zatrudnianie osób niepełnosprawnych, za które Wykonawca otrzymał maksymalną ilość punktów, a których spełnienie Wykonawca był zobowiązany zapewnić przez cały czas realizacji ww. umowy,
 - c) Zamawiający odstąpił od umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy działając na podstawie § 15 ust. 1 lit i) ww. umowy, z uwagi na niespełnienie przez Wykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia, o których mowa w § 9 ust. 1 lit j ww. umowy,
 - d) niewykonanie obowiązku zatrudnienia osób niepełnosprawnych stanowiło niewykonanie ww. umowy w istotnym stopniu, albowiem zaciągnięcie przez Wykonawcę zobowiązania w tym zakresie i złożenie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenia o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych skutkowało przyznaniem Wykonawcy dodatkowych 10 punktów przy ocenie złożonej przez niego oferty, co spowodowało jego wygraną w tym postępowaniu.
- 2) „Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska w Facimiechu, wraz z infrastrukturą rekreacyjną” nr ZP.271.43.IN.2019, w którym:
 - a) została zawarta pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą umowa nr IN.271.4.1.2020 z dnia 4 marca 2020 roku,
 - b) Wykonawca naruszył warunki ww. umowy (tj. określony w § 9 ust. 1 lit. j - obowiązek zatrudnienia w trakcie wykonywania przedmiotu umowy na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności podstawowe i pomocnicze w zakresie wszelkich Robót budowlanych oraz osób obsługujących sprzęt wykorzystywany do realizacji zamówienia), co było powiązane z naruszeniem określonych przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym, znak: ZP.271.43.IN.2019, kryteriów oceny złożonej przez Wykonawcę oferty w zakresie kryterium Aspekty społeczne - zatrudnianie osób niepełnosprawnych, za które Wykonawca otrzymał maksymalną ilość punktów, a których spełnienie Wykonawca był zobowiązany zapewnić przez cały czas realizacji ww. umowy,
 - c) Zamawiający odstąpił od umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Wykonawcy działając na podstawie § 15 ust. 1 lit i) ww. umowy, z uwagi na niespełnienie przez Wykonawcę wymagań dotyczących zatrudnienia, o których mowa w § 9 ust. 1 lit j ww. umowy,
 - d) niewykonanie obowiązku zatrudnienia osób niepełnosprawnych stanowiło niewykonanie ww. umowy w istotnym stopniu, albowiem zaciągnięcie przez Wykonawcę zobowiązania w tym zakresie i złożenie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenia o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych skutkowało przyznaniem Wykonawcy dodatkowych 10 punktów przy ocenie złożonej przez niego oferty, co spowodowało jego wygraną w tym postępowaniu.

W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba ustaliła w szczególności, iż Zamawiający 19 sierpnia 2019 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Wykonanie robót budowlanych w ramach zadania: Rewitalizacja obszarów wiejskich Gminy Skawina” (postępowanie nr ZP.271.43.IN.2019). Przedmiot zamówienia został podzielony na cztery części, wśród których część 1 obejmowała przebudowę i rozbudowę ogólnodostępnego boiska wraz z infrastrukturą rekreacyjną w Facimiechu, a część druga rozbudowę istniejącego placu zabaw w Grabiu.

W przedmiotowym postępowaniu jedynym z kryteriów oceny ofert było kryterium dotyczące aspektów społecznych - zatrudnienia osób niepełnosprawnych o wadze 10%. Zgodnie z pkt 14.7 SIWZ punkty w przedmiotowym kryterium oceniane były na podstawie przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu zamówienia przez osoby

niepełnosprawne poprzez wskazanie liczby zatrudnionych osób niepełnosprawnych do realizacji zamówienia zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na cały czas realizacji zamówienia w pełnym wymiarze etatu. Zasady realizacji tego zobowiązania oraz zasady odpowiedzialności za jego niewykonanie zostały opisane we wzorze umowy załączonym do SIWZ. Zamawiający wskazał, iż za deklarację zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jednej osoby niepełnosprawnej w pełnym wymiarze etatu przeznaczonej do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ wykonawca otrzyma 5 pkt, przy czym wykonawca może zatrudnić więcej osób na odpowiednie części etatu, niemniej za jeden pełny wymiar etatu otrzyma 5 pkt, a w przypadku niepełnego wymiaru nie otrzyma punktów. Za deklarację zatrudnienia na podstawie umowy o pracę dwóch osób niepełnosprawnych w pełnym wymiarze etatu przeznaczonej do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ wykonawca otrzyma 10 pkt. Zamawiający wskazał ponadto m.in., iż zatrudnienie osoby niepełnosprawnej powinno trwać cały okres realizacji zamówienia, a w przypadku wygaśnięcia lub rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu, wykonawca jest obowiązany do zatrudnienia na to miejsce innej osoby niepełnosprawnej. Zamawiający zastrzegł także, iż w przypadku wyboru oferty wykonawcy na więcej niż jedną część zamówienia i złożenia stosownej deklaracji zatrudnienia osób niepełnosprawnych, wykonawca będzie zobowiązany do zatrudnienia odpowiedniej liczby zadeklarowanych różnych osób oddzielnie dla każdej z części, w której zostanie mu udzielone zamówienie.

W ww. postępowaniu Odwołujący złożył ofertę, która obejmowała m.in. realizację części 1 i 2 zamówienia. Odwołujący dla każdej z ww. części zadeklarował na potrzeby oceny w kryterium aspekty społeczne, że przyjmuje na siebie zobowiązanie realizacji przedmiotu umowy przy pomocy dwóch osób niepełnosprawnych przeznaczonych do realizacji zamówienia w całym okresie jego trwania, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, co odpowiada dwóm pełnym wymiarom etatów. Zamawiający w dniu 20 stycznia 2020 r. wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą w części 1 i 2 zamówienia. W obu częściach zamówienia Odwołujący otrzymał w kryterium aspekty społeczne maksymalną liczbę 10 pkt.

W dniu 4 marca 2020 roku Zamawiający zawarł z Odwołującym umowę nr IN.271.4.1.2020 obejmującą przebudowę i rozbudowę ogólnodostępnego boiska w Facimiechu wraz z infrastrukturą rekreacyjną (Część 1 zamówienia) oraz umowę nr IN.271.4.3.2020 obejmującą rozbudowę istniejącego placu zabaw w Grabiu (Część 2 zamówienia). W § 9 ust. 1 ww. umów wyszczególniono obowiązki wykonawcy, w tym m.in. obowiązek zatrudnienia w trakcie wykonywania umowy na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności podstawowe i pomocnicze w zakresie wszelkich robót budowlanych oraz osób obsługujących sprzęt wykorzystywany do realizacji zamówienia, za wyjątkiem osób pełniących samodzielnie funkcje techniczne w budownictwie oraz prowadzących indywidualną działalność gospodarczą (lit. j). § 9 ust. 2 umów nakładał na wykonawcę m.in. obowiązek przedstawienia Zamawiającemu przed rozpoczęciem prac dowodów potwierdzających zatrudnienie osób, w tym oświadczenia wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności określone w § 9 ust. 1 lit. j oraz kopii umów o pracę. Wykonawca zobowiązany był ponadto do aktualizacji ww. oświadczenia przez cały okres wykonywania prac określonych w § 9 ust. 1 lit. j.

Ponadto zgodnie z § 9 ust. 4 umowy jeżeli wykonawca złożył oświadczenie w treści oferty, zobowiązany jest do zatrudniania w trakcie wykonywania umowy na podstawie umowy o pracę wskazanej liczby osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności w wymiarze czasu pracy określonym w ustawie o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych przez cały okres wykonywania umowy. Zgodnie z § 9 ust. 5 umów wykonawca w terminie 21 dni od dnia jej zawarcia zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu kompletu dokumentów stwierdzających zatrudnienie danej osoby, tj. kopii umowy o pracę i orzeczenia o niepełnosprawności oraz do niezwłocznego, nie później niż do 10 dnia każdego miesiąca, aktualizowania przekazanych Zamawiającemu informacji w przypadku ustania umowy z ww. osobą i przedkładanie kompletu dokumentów potwierdzających zatrudnienie w jej miejsce osoby spełniającej kryteria określone w ust. 4. W § 9 ust. 6 umów wskazano ponadto na uprawnienie Zamawiającego do wykonywania czynności kontrolnych odnośnie spełnienia przez wykonawcę wymogu zatrudnienia, o którym mowa w ust. 4 W § 15 ust. 1 lit. i umów przewidziano prawo Zamawiającego do odstąpienia od umowy w przypadku, gdy wykonawca nie spełnia wymagań dotyczących zatrudnienia, o których mowa w § 9 ust. 1 lit. j i k lub nie przedstawia dokumentów, o których mowa w § 9 ust. 2-3.

Odwołujący w dniu 4 marca 2020 r. złożył oświadczenie do umowy nr IN.271.4.1.2020 (Facimiech) o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, wśród których wskazał m.in. p. W. P. (czas nieokreślony, wymiar etatu 1/1) i p. M. O. (czas nieokreślony, wymiar etatu 1/1). Do oświadczenia Odwołujący załączył umowę o pracę zawartą z p. P. w dniu 21 sierpnia 2019 r. (obowiązującą od 22.08.2019 r. na czas nieokreślony, rodzaj umówionej pracy: ślusarz, wymiar czasu pracy: 1/1 etatu) wraz z orzeczeniem o stopniu niepełnosprawności z dnia 28 kwietnia 2018 r. (wydanym do 31.05.2020 r.) oraz dokumentem potwierdzającym zgłoszenie ww. osoby do ubezpieczeń (data powstania obowiązku 22.05.2019 r.). Załączono także umowę o pracę zawartą z p. O. w dniu 1 kwietnia 2016 r. (na czas nieokreślony, rodzaj umówionej pracy: kierownik zaopatrzenia, wymiar czasu pracy: 1/1 etatu) wraz z orzeczeniem o stopniu niepełnosprawności z dnia 4 czerwca 2018 r. (wydanym do 30.06.2022 r.) oraz dokumentem potwierdzającym zgłoszenie ww. osoby do ubezpieczeń (data powstania obowiązku 1.04.2016 r.).

W trakcie realizacji robót w miejscowości Facimiech Odwołujący w dniu 19 maja 2020 r. złożył oświadczenie o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę p. P. P. na czas nieokreślony w wymiarze 1 etatu, do którego załączono umowę o pracę z dnia 14.01.2019 r. (obowiązującą od 15.01.2019 r. na czas nieokreślony, rodzaj umówionej pracy: specjalista ds. zamówień publicznych, wymiar czasu pracy: 1/1 etatu), wraz z orzeczeniem o stopniu niepełnosprawności z dnia 14.07.2010 r. (wydanym na stałe) oraz dokumentem potwierdzającym zgłoszenie ww. osoby do ubezpieczeń (data powstania obowiązku 15.01.2019 r.). W dniu 7 lipca 2020 r. Odwołujący złożył pismo, w którym wskazał, iż prace na inwestycji w miejscowości Grabie zostały wstrzymane ze względu na proces produkcji urządzeń zabawowych, w związku z tym p. P. wykonuje obecnie obowiązki na budowie w miejscowości Facimiech. Do pisma załączono oświadczenie dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia datowane na 1.06.2020 r., w którym wskazano p. W. P. i p. P. P. (w wykazie osób nie wskazano p. M. O.).

W zakresie robót realizowanych w miejscowości Grabie Odwołujący w dniu 4 marca 2020 r. złożył oświadczenie do umowy nr IN.271.4.3.2020 o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, wśród których wskazał m.in. p. G. B. (czas określony, wymiar etatu 1/1) i p. J. D. (czas nieokreślony, wymiar etatu 1/1). Do oświadczenia Odwołujący załączył umowę o pracę zawartą z p. B. w dniu 17 maja 2019 r. (obowiązującą od 20 maja 2019 r. do 19 maja 2020 r. na czas określony, rodzaj umówionej pracy: ślusarz, wymiar czasu pracy: 1/1 etatu) wraz z orzeczeniem o stopniu niepełnosprawności oraz dokumentem potwierdzającym zgłoszenie ww. osoby do ubezpieczeń (data powstania obowiązku 28.06.2019 r.). Załączono także umowę o pracę zawartą z p. D. w dniu 31.12.2018 r. (obowiązującą od 1.01.2019 r. na czas nieokreślony, rodzaj umówionej pracy: stolarz, wymiar czasu pracy: 1/1 etatu) wraz z orzeczeniem o stopniu niepełnosprawności oraz dokumentem potwierdzającym zgłoszenie ww. osoby do ubezpieczeń (data powstania obowiązku 1.11.2018 r.).

W dniu 19 czerwca 2020 r. sporządzona została przez inspektora nadzoru notatka z rozmowy z p. P. W., przedstawicielem Odwołującego, w której wskazano, iż ww. przedstawiciel poinformował inspektora nadzoru, że p. M. O. nie pracuje już w firmie Odwołującego. W notatce wskazano ponadto, iż do dnia sporządzenia notatki nie stwierdzono obecności pracowników wykonawcy na budowie. Roboty w zakresie części 1 i 2 realizowane są jedynie pracownikami

podwykonawców.

Zamawiający w dniu 6 sierpnia 2020 r. złożył oświadczenia o odstąpieniu od umów nr IN.271.4.1.2020 oraz IN.271.4.3.2020 na podstawie § 15 ust. 1 lit. i umowy, z uwagi na niespełnienie przez Odwołującego wymagań dotyczących zatrudnienia, o których mowa w § 9 ust. 1 lit. j. Zamawiający wskazał, iż naruszenie ww. warunków umowy powiązane jest z naruszeniem określonych przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym kryteriów oceny ofert – kryterium aspekty społeczne – zatrudnienie osób niepełnosprawnych, za które wykonawca otrzymał maksymalną ilość punktów, a których spełnienie zobowiązany był zapewnić przez cały czas realizacji umowy.

Odwołujący pismami z dnia 13 sierpnia 2020 r. poinformował Zamawiającego o uznaniu za bezskuteczne jego oświadczeń o odstąpieniu od umów nr IN.271.4.1.2020 i IN.271.4.3.2020. Odwołujący w treści tego pisma podniósł, iż przez cały okres zatrudniał odpowiednią liczbę pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności. Powołał się m.in. na uchylenie się od skutków prawnych złożonego pod wpływem błędu oświadczenia o zmianie zakresu czynności w ramach poszczególnych inwestycji pracownika P. P., co było wynikiem omyłki i nie miało faktycznie miejsca. Wykonawca wskazał także, iż nie było potrzeby informowania Zamawiającego o jakiegokolwiek zmianie w oparciu o § 9 ust 5 umowy w zakresie zatrudnionych przez wykonawcę pracowników niepełnosprawnych, bowiem orzeczenie o niepełnosprawności mimo upływu czasu jest automatycznie wydłużone i nadal jest ważne, mimo braku przedłożenia aktualnego dokumentu, uwagi na brzmienie art. 15h ust. 1 pkt 2) ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych z dnia 2 marca 2020 r. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że intencja Zamawiającego jest zaniechanie realizacji z przyczyn w całości leżących po stronie Zamawiającego, z uwagi na wyjście na jaw poważnych błędów dokumentacji projektowej i geologicznej za których prawidłowość Zamawiający ponosi odpowiedzialność, zaistnienia złożonych warunków geologicznych w miejsce przewidywanych prostych (dot. inwestycji w Facimiechu), konieczności poniesienia znacznych dodatkowych i nieprzewidzianych kosztów realizacji inwestycji oraz kosztów koniecznych robót dodatkowych, nieobjętych zamówieniem i umową, braku należytego przygotowania terenu budowy, co jest obowiązkiem Inwestora, braku właściwych uzgodnień branżowych. Odwołujący w przedmiotowych pismach wezwał także Zamawiającego w do zaniechania naruszeń skutkujących brakiem możliwości realizacji umowy, wskazanych w treści pism. Następnie w dniu 24 sierpnia 2020 r. Odwołujący złożył oświadczenia o odstąpieniu od umów nr IN.271.4.1.2020 i IN.271.4.3.2020 z uwagi na nieudzielenie gwarancji zapłaty za roboty budowlane oraz zaistnienie przyczyn, o których mowa w art. 15 ust. 2 lit a umowy, a także wskazanych w art. 640 k.c.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła brak podstaw do uwzględnienia odwołania.

W ocenie Izby nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i błędne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na ww. podstawie.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Zgodnie z art. 24 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na tej podstawie, to musi ją wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zarówno w treści SIWZ, jak i ogłoszenia o zamówieniu przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Fakultatywność powyższej podstawy wykluczenia, wbrew stanowisku Odwołującego prezentowanemu podczas rozprawy, nie oznacza, że Zamawiający nie miał obowiązku wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy spełnione zostały przesłanki wskazane w tym przepisie. Okoliczność, że ww. podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania ma charakter fakultatywny oznacza, że Zamawiający może, lecz nie musi podstawę taką przewidzieć w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast jeśli już zdecyduje się na jej wskazanie w dokumentach zamówienia, to ziszczenie się przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, co do zasady obliuguje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Izba uznała, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdzał okoliczność, że Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejsze umowy w sprawie zamówienia publicznego, które Odwołujący zawarł z Zamawiającym w dniu 4 marca 2020 r. nr IN.271.4.1.2020 („Przebudowa i rozbudowa ogólnodostępnego boiska w Facimiechu, wraz z infrastrukturą rekreacyjną”) i IN.271.4.3.2020 („Rozbudowa istniejącego placu zabaw w Grabiu”).

W świetle poczynionych przez Izbę ustaleń faktycznych nie budziła wątpliwości okoliczność, że na Odwołującym spoczywał – zgodnie z postanowieniami SIWZ dla postępowania nr ZP.271.43.IN.2019, treścią złożonej w tym postępowaniu oferty oraz postanowieniami zawartych w jego wyniku umów nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020 - obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę po dwie osoby niepełnosprawne do realizacji każdej z ww. umów, przez cały okres ich wykonywania. Nie było w tym zakresie wystraszające, jak zdaje się sugerować Odwołujący, samo zatrudnienie osób niepełnosprawnych w przedsiębiorstwie Odwołującego, lecz zatrudnienie tych osób do realizacji zamówienia. Powyższe jest równoznaczne z tym, że osoby niepełnosprawne miały brać udział w realizacji zamówienia, czyli w przedmiotowym przypadku tej części zamówienia, do realizacji której zostały wskazane (część 1 - umowa nr IN.271.4.1.2020 lub część 2 - umowa nr IN.271.4.3.2020). Wskazuje na to m.in. treść kryterium – aspekty społeczne, a konkretnie pkt 14.7 SIWZ, zgodnie z którym punkty w przedmiotowym kryterium oceniane były na podstawie przyjęcia przez wykonawcę zobowiązania do realizacji przedmiotu zamówienia przez osoby niepełnosprawne poprzez wskazanie liczby zatrudnionych osób niepełnosprawnych do realizacji zamówienia zatrudnionych na podstawie umowy o pracę na cały czas realizacji zamówienia w pełnym wymiarze etatu. Zamawiający wyraźnie zastrzegł także, iż w przypadku wyboru oferty wykonawcy na więcej niż jedną część zamówienia i złożenia stosownej deklaracji zatrudnienia osób niepełnosprawnych, wykonawca będzie zobowiązany do zatrudnienia odpowiedniej liczby zadeklarowanych różnych osób oddzielnie dla każdej z części, w której zostanie mu udzielone zamówienie.

Ponadto obowiązek wynikający ze złożonej w ofercie deklaracji na potrzeby ww. kryterium oceny ofert o zatrudnieniu do realizacji każdej z części zamówienia po dwie osoby niepełnosprawne nie może być interpretowany w oderwaniu od pozostałych postanowień SIWZ oraz umów zawartych w Odwołującym, które dotyczyły zatrudnienia osób w oparciu o umowę o pracę. Jak wskazano jednoznacznie w § 9 ust. 1 lit. j) ww. umów Odwołujący miał obowiązek zatrudnienia w trakcie ich wykonywania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności podstawowe i pomocnicze w zakresie wszelkich robót budowlanych oraz osób obsługujących sprzęt wykorzystywany do realizacji zamówienia, za wyjątkiem osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie oraz prowadzących indywidualną działalność gospodarczą. Powyższe potwierdza, że osoby niepełnosprawne miały brać czynny udział w realizacji zamówienia, wykonując czy to czynności podstawowe, czy pomocnicze w zakresie robót budowlanych, czy też obsługując sprzęt

wykorzystywany do realizacji zamówienia.

Izba przyznała rację Zamawiającemu, iż Odwołujący powyższego obowiązku nie dopełnił, co przesądza o tym, że umowy nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020 nie zostały przez niego należycie wykonane. Nienależytym wykonaniem ww. umów nie jest bowiem wyłącznie wykonanie robót budowlanych stanowiących ich przedmiot, lecz także realizacja tych umów z naruszeniem istotnych obowiązków umownych.

Odnosząc się do realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 dotyczącej przebudowy i rozbudowy ogólnodostępnego boiska w Facimiechu wraz z infrastrukturą rekreacyjną, Izba stwierdziła, iż zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdza stanowisko Zamawiającego o niedopełnieniu przez Odwołującego obowiązku zatrudnienia do realizacji ww. zamówienia dwóch osób niepełnosprawnych na umowę o pracę przez cały okres jego wykonywania. W oświadczeniu z dnia 4 marca 2020 r. Odwołujący jako osoby niepełnosprawne zatrudnione do realizacji ww. umowy p. W. P. oraz p. M. O. . Poza sporem pozostaje fakt formalnego wskazania do realizacji przedmiotowego zamówienia p. W. P. zatrudnionego u Odwołującego na umowę o pracę i posiadającego ważne orzeczenie o niepełnosprawności – Zamawiający nie kwestionował faktu zatrudnienia ww. osoby ani faktu, że ważność ww. orzeczenia uległa przedłużeniu na mocy postanowień ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 374 ze zm.). Zamawiający kwestionował wyłącznie faktyczne uczestnictwo ww. osoby w realizacji przedmiotu zamówienia, do czego Izba odnieśli się w dalszej części uzasadnienia.

Przedmiotem sporu było natomiast istnienie stosunku pracy przez cały okres realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 z drugą wskazaną w oświadczeniu z dnia 4 marca 2020 r. osobą niepełnosprawną - p. M. O. . W oparciu o przedstawione dowody Izba uznała za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego, iż stosunek pracy z ww. osobą ustał w trakcie realizacji zamówienia. Na powyższe wskazuje po pierwsze notatka inspektora nadzoru z dnia 19 czerwca 2020 r., a po drugie oświadczenie Odwołującego z dnia 1 czerwca 2020 r. złożone wraz z pismem z dnia 7 lipca 2020 r., w którym jako osoby niepełnosprawne zatrudnione do realizacji umowy wskazano p. W. P. i p. P. P. . Z powyższego oświadczenia jednoznacznie wynika, że to p. M. O. zastąpił p. P. P., co potwierdza tezę Zamawiającego, że osoba ta nie świadczyła już pracy na rzecz Odwołującego. Twierdzenia Odwołującego jakoby w powyższym zakresie doszło do omyłki, gdyż P. P. miał zastąpić W. P., a nie M. O., nie zostały w żaden sposób uprawdopodobnione. Odwołujący, dysponując szerokimi możliwościami w zakresie wykazania, że stosunek pracy z ww. osobą trwał przez cały okres realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 nie przedstawił na tę okoliczność żadnych wiarygodnych dowodów. Nie stanowi takiego dowodu złożony dokument potwierdzający zgłoszenie p. M. O. do ubezpieczeń, wynika bowiem z niego wyłącznie data powstania obowiązku dokonania takiego zgłoszenia. Własnoręczna adnotacja osoby ds. kadr, że ww. osoba jest dalej zatrudniona w przedsiębiorstwie Odwołującego po pierwsze nie posiada dostatecznej mocy dowodowej, a po drugie nie wykazuje, że stosunek pracy trwał nieprzerwanie, w tym przede wszystkim, że trwał on w okresie od 4 marca 2020 r. do 6 sierpnia 2020 r. Izba miała także na względzie, iż pomimo, że przebieg rozmów inspektora nadzoru z przedstawicielem Odwołującego wskazujący na ustanie stosunku pracy z p. M. O. został szczegółowo opisany podczas rozprawy przez pełnomocnika Zamawiającego, którym była osoba pełniąca funkcję inspektora nadzoru, Odwołujący w ogóle nie zakwestionował przedstawionych okoliczności ani treści notatki inspektora nadzoru.

Kolejną kwestią mającą znaczenie w zakresie oceny prawidłowości realizacji zamówienia dotyczącego przebudowy i rozbudowy ogólnodostępnego boiska w Facimiechu jest wskazanie do realizacji ww. zamówienia p. P. P. . Po pierwsze zwrócić tutaj uwagę na daleko idącą niekonsekwencję Odwołującego, który w treści odwołania powołuje się na fakt, iż w momencie odstąpienia od umowy nr IN.271.4.1.2020 (Facimiech) na tej inwestycji zatrudniano „co najmniej dwóch niepełnosprawnych, a to W. P., jak również P. P., a ponadto jeszcze M. O.” podczas, gdy jako dowód składa pismo z dnia 13 sierpnia 2020 r. dotyczące realizacji drugiej z umów (zamówienie w Grabiu), w którym wprost wskazuje, że wpisanie P. P. w oświadczeniu dotyczącym umowy nr IN.271.4.1.2020 (Facimiech) „było wynikiem omyłki, było niepotrzebne i nie miało faktycznie miejsca.” Zestawienie całokształtu prezentowanej przez Odwołującego w trakcie realizacji zamówień oraz w postępowaniu odwoławczym argumentacji wskazuje na jej wewnętrzną sprzeczność – Odwołujący zdaje się przyjmować takie stanowisko, jakie jest korzystne z perspektywy konkretnego zamówienia, nie zważając na brak spójności.

Po drugie wskazać należy, iż okolicznością bezsporną, wynikającą z treści umowy o pracę P. P., jak i potwierdzoną przez Odwołującego na rozprawie, było pełnienie przez tę osobę funkcji specjalisty ds. zamówień publicznych. W świetle tej okoliczności nie sposób uznać za wiarygodne prezentowanego przez Odwołującego w korespondencji z Zamawiającym i odwołaniu stanowiska, iż pan P. P. „wykonywał obowiązki na budowie w miejscowości Facimiech.” W ocenie Izby trudno uznać, aby zatrudnianie osoby niepełnosprawnej jako specjalisty ds. zamówień publicznych wypełniało spoczywający na Odwołującym obowiązek zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę na pełny etat osoby do realizacji robót budowlanych polegających na przebudowie i rozbudowie boiska. Odwołujący nie pokusił się o wyjaśnienie jakie to obowiązki specjalista ds. zamówień publicznych może wykonywać – jak twierdził – „na budowie”. Nie podjął także próby wykazania, że P. P. wykonywał w pełnym wymiarze etatu jakiejkolwiek czynności pomocnicze wiążące się z przedmiotowym zamówieniem, chociażby o charakterze administracyjno-biurowym, poprzestając na lakonicznym stwierdzeniu, że P. P. obsługiwał zamówienia publiczne i realizację inwestycji. Przypomnieć zaś należy, że w świetle deklaracji złożonej na potrzeby oceny oferty Odwołującego w kryterium aspekty społeczne zobowiązany był on zatrudnić osoby niepełnosprawne do realizacji zamówienia, a nie do realizacji innych czynności związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej przez Odwołującego. Ponadto skoro Odwołujący, zgodnie z oświadczeniem z dnia 1 czerwca 2020 r., wskazał do realizacji umowy tylko dwie osoby (p. P. i p. P.), to obie te osoby zgodnie z postanowieniami SIWZ musiały być zatrudnione do realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020 na pełny etat.

Odnosząc się do realizacji umowy nr IN.271.4.3.2020 dotyczącej rozbudowy istniejącego placu zabaw w Grabiu Izba miała na względzie, że w treści odwołania w zasadzie nie odniesiono się do kwestii dopełnienia obowiązku z § 9 ust. 1 lit. j umowy w przypadku tego zadania. Odwołujący nie wskazał nawet jakich pracowników niepełnosprawnych i przez jaki okres zatrudniał do wykonania tego zadania, poprzestając na lakonicznym stwierdzeniu że przez cały okres umowy zatrudniano odpowiednią liczbę pracowników z orzeczeniem o niepełnosprawności. Ponadto z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w związku z wykonywaniem umowy nr IN.271.4.3.2020 jednoznacznie wynikało, że przez cały okres realizacji przedmiotowych robót budowlanych Odwołujący zatrudniał w oparciu o umowę o pracę wyłącznie jedną osobą niepełnosprawną formalnie wskazaną do tego zadania – Pana J. D. . Z przedstawionego przez Odwołującego oświadczenia z dnia 4 marca 2020 r. o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji ww. zamówienia wprost wynikało, że druga ze wskazanych osób niepełnosprawnych – p. G. B. był zatrudniony na umowę o pracę na czas określony. Potwierdzała to treść załączonej do oświadczenia umowy o pracę, w której wskazano, iż umowa zawarta jest na czas określony od 20 maja 2019 r. do 19 maja 2020 r. Odwołujący, nie kwestionując faktu, że umowa z p. B. przestała obowiązywać w trakcie realizacji zamówienia w Grabiu, jednocześnie nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że zastąpił tę osobę inną osobą. Odwołujący, pomimo ciągącego na nim obowiązku aktualizacyjnego wynikającego z § 9 umowy, nie przekazał Zamawiającemu podczas wykonywania zamówienia dokumentów wskazujących na powyższe, tego rodzaju dokumentów nie złożył również jako dowodów w postępowaniu odwoławczym.

Podnoszone przez Odwołującego podczas rozprawy twierdzenia, iż w miejsce G. B. do realizacji umów skierowano P. P. nie zostały niczym poparte. W odniesieniu do osoby P. P. Izba wskazuje na omówioną już powyżej okoliczność, iż zatrudnienie tej osoby jako specjalisty ds. zamówień publicznych nie wypełniało obowiązku zatrudnienia osoby niepełnosprawnej do realizacji zamówienia - w tym przypadku do realizacji robót budowlanych polegających na rozbudowie istniejącego placu zabaw w Grabiu. Niezależnie od powyższego w materiale dowodowym sprawy brak jest dokumentów, które potwierdzałyby stanowisko Odwołującego, że p. P. w ogóle został wskazany do realizacji umowy nr IN.271.4.3.2020. Co więcej, jak wynika z oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego Zamawiającemu w związku z realizacją robót budowlanych w miejscowości Facimiech (umowa nr IN.271.4.1.2020), to na potrzeby tego zadania, a nie inwestycji w Grabiu, Odwołujący wskazał jako osobę niepełnosprawną p. P. P. Również z treści odwołania wynika, iż na fakt zatrudnienia ww. osoby Odwołujący powołuje się w kontekście realizacji robót budowlanych w miejscowości Facimiech, a nie Grabie. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego jest nie tylko niespójna, ale wręcz sprzeczna z oświadczeniami i dokumentami składanymi przez niego podczas realizacji obu inwestycji. W tym miejscu można zwrócić uwagę na kolejną niekonsekwencję w argumentacji Odwołującego, który na potrzeby umowy nr IN.271.4.1.2020 twierdził, że P. P. został przesunięty do realizacji zamówienia w miejscowości Facimiech, ponieważ w Grabiu trwa proces produkcji urządzeń, podczas gdy w ramach umowy nr IN.271.4.3.2020. ani nie zgłosił formalnie P. P. do realizacji zamówienia w Grabiu, ani nie wskazał innej osoby niepełnosprawnej w miejsce p. P., co zobowiązany był zrobić „przysuwając” p. P. do realizacji umowy nr IN.271.4.1.2020. Treść SIWZ i obu umów jednoznacznie wskazywały, że obowiązek zatrudnienia zadeklarowanej liczby osób niepełnosprawnych do realizacji każdej z umów ma trwać nieprzerwanie, tj. przez cały okres ich wykonywania.

W ocenie Izby zarówno działania podejmowane przez Odwołującego podczas realizacji umów ustalone na podstawie zgromadzonych w postępowaniu odwoławczym dowodów, jak i prezentowana przez niego w postępowaniu odwoławczym niespójna, lakoniczna argumentacja, potwierdzają tezę Zamawiającego, iż Odwołujący nie dochował należytej staranności podczas realizacji obowiązków umownych w zakresie zatrudnienia osób niepełnosprawnych. Już tylko na podstawie wyżej opisanych okoliczności stwierdzić można nienależyte wykonanie przez Odwołującego umów nr IN.271.4.1.2020 oraz nr IN.271.4.3.2020.

Ponadto w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba uznała za wykazane twierdzenia Zamawiającego, iż osoby niepełnosprawne wskazane przez Odwołującego formalnie do realizacji każdej z umów, w istocie nie wykonywały w ramach realizacji tych umów czynności. Świadczy o tym po pierwsze notatka inspektora nadzoru z dnia 19 czerwca 2020 r., po drugie złożone przez Zamawiającego dokumenty związane z realizacją umów przez podwykonawców, w tym oświadczenia podwykonawców dotyczące zatrudnianych przez nich osób oraz dokumenty wskazujące na zakres realizowanych przez podwykonawców robót, a po trzecie złożone przez Zamawiającego na rozprawie oświadczenia podwykonawców, potwierdzające brak obecności pracowników Odwołującego podczas realizacji obu zadań. Odwołujący w żaden sposób okoliczności tych nie podważył, a jednocześnie nie podjął nawet próby wykazania, że jego pracownicy faktycznie uczestniczyli w realizacji umów nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020. Odwołujący nie był w stanie nawet precyzyjnie wskazać jakie czynności wykonywały poszczególne osoby, na czym konkretnie polegała ich praca przy realizacji danej inwestycji. Poza opisem stanowisk pracy w treści umów o pracę, który jednak sam w sobie nie wskazuje na zakres obowiązków poszczególnych osób podczas realizacji robót budowlanych w miejscowości Facimiech i Grabie, brak jest jakichkolwiek dowodów wyjaśniających powyższe, co więcej, brak jest nawet samych twierdzeń Odwołującego w tym przedmiocie. Nie było zaś wystarczające, co wyjaśniono już powyżej, samo formalne zatrudnienie osób niepełnosprawnych na podstawie umowę o pracę, lecz zatrudnienie tych osób do realizacji zamówienia, co siłą rzeczy wiązać się powinno z bezpośrednim udziałem tych osób w realizacji zamówienia.

Mając na względzie wszystko powyższe, w ocenie składu orzekającego, Zamawiający wykazał zaistnienie przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w postaci nienależytego wykonania przez Odwołującego wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego.

Izba zgodziła się ponadto z Zamawiającym, że nienależyte wykonanie umów nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020 nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. To wyłącznie Odwołujący był zobowiązany do dopełnienia przez cały okres realizacji ww. umów obowiązku zatrudnienia osób niepełnosprawnych do realizacji tych umów, w tym także dopilnowania, aby w trakcie wykonywania umów nie doszło do sytuacji, w której wymagana liczba osób niepełnosprawnych ulegnie zmniejszeniu, jak i należytego aktualizowania oświadczeń i dokumentów, które Odwołujący zobowiązany był przedstawiać Zamawiającemu w celu wykazania dochowania powyższego obowiązku. Na jego realizację żadnego wpływu nie miało zachowanie Zamawiającego, w tym także okoliczności, na które zwracał uwagę Odwołujący, dotyczące nieprawidłowości w treści gwarancji zapłaty, wadliwości projektów budowlanych czy warunków gruntowych i konieczności realizacji dodatkowych badań geotechnicznych. Powyższe kwestie miały znaczenie wtórne i jako takie pozostawały bez wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy, podobnie jak składane na tę okoliczność przez Odwołującego dowody (tj. pismo Odwołującego do Zamawiającego z dnia 30.07.2020 r. dotyczące uzupełniających badań geotechnicznych, pisma Odwołującego do Zamawiającego z dnia 13.08.2020 r., oświadczenia Odwołującego z dnia 24.08.2020 r. o odstąpieniu od obu umów). Izba weryfikowała prawidłowość decyzji Zamawiającego przez przyznanie okoliczności, które stały się podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, dokonując ich oceny pod kątem wypełnienia przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Fakt, że być może Zamawiający nie dopełnił pewnych czynności na nim w świetle umów obowiązków (co, jak wskazano powyżej, nie podlega ocenie Izby w tym postępowaniu), w żaden sposób nie wpływa na to, że Odwołujący, z przyczyn zależnych wyłącznie od niego, nie wykonywał umów nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020 w sposób należyty w zakresie obowiązku wynikającego z § 15 ust. 1 lit j) umów oraz złożonych w ofercie deklaracji o zatrudnieniu osób niepełnosprawnych na potrzeby kryterium oceny ofert dotyczącego aspektów społecznych.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający w sposób prawidłowy uznał, że nienależyte wykonanie umów nr IN.271.4.1.2020 i nr IN.271.4.3.2020 przez Odwołującego nastąpiło w istotnym stopniu. Podzielić należy wyrażany jednolicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, iż nie można utożsamiać „istotności” nienależytego lub niewykonania umowy wyłącznie z określonym stopniem wykonania tej umowy pod względem wartościowym czy rzeczowym, ponieważ przepis nie konkretyzuje takiego punktu odniesienia. Warto zwrócić uwagę, iż art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej), którego implementację stanowi art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przesadza, że chodzi tu nie tylko o wspomniany istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy (por. m.in. wyrok z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 139/17, wyrok z dnia 13 marca 2018 r., sygn. akt KIO 335/18).

W konsekwencji użyte w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp sformułowanie „w istotnym stopniu” należy odnosić zarówno do zakresu umowy, jak i do wykonania umowy ze znaczącym naruszeniem jej postanowień. Obowiązek zatrudnienia do realizacji obu umów osób niepełnosprawnych na umowę o pracę miał bardzo ważne znaczenie, ponieważ stanowił bezpośredni wyraz realizacji deklaracji wykonawcy złożonej na potrzeby jednego z kryteriów oceny ofert. W efekcie przyznanej m.in. na podstawie tych deklaracji punktacji Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za najkorzystniejszą w części 1 i 2 zamówienia i zawarł z Odwołującym umowę nr IN.271.4.1.2020 oraz IN.271.4.3.2020. Niedochowanie

przedmiotowego obowiązku umownego nie może być interpretowane wyłącznie jako brak dopełnienia wymogów o charakterze formalnym, w oderwaniu od dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w efekcie którego zawarto ww. umowy, skoro to właśnie omawiany aspekt społeczny, tj. zatrudnienie do realizacji zamówienia osób niepełnosprawnych na umowę o pracę, miał bezpośredni wpływ na ocenę ofert złożonych w tym postępowaniu. Nie sposób także tracić z oczu okoliczności, że celem ustanawiania kryteriów oceny ofert odnoszących się do aspektów społecznych jest w szczególności integracja zawodowa i społeczna osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych. W sytuacji, gdy wykonawca, pomimo złożonej deklaracji o zatrudnieniu takich osób do realizacji danego zamówienia, obowiązku tego na etapie wykonywania umowy nie realizuje, powyższy cel nie zostaje spełniony.

W przedmiotowej sprawie zaistniała również ostatnia z przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp - bezpośrednim skutkiem nienależytego wykonania umów przez Odwołującego w istotnym stopniu było rozwiązanie tych umów, a dokładniej odstąpienie od nich przez Zamawiającego w oparciu o § 15 ust. 1 lit. i), który dawał Zamawiającemu takie uprawnienie w przypadku niedopełnienia obowiązków określonych w § 9 ust. 1 lit. j umów. Za bezzasadną Izba uznała argumentację Odwołującego wskazującą na bezskuteczność czynności odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Odwołujący zaniedbał jakiegokolwiek odniesienia się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie w przedmiocie skuteczności złożonego oświadczenia o odstąpieniu od umów, które zresztą było już komunikowane Odwołującemu w szerszym zakresie w piśmie z dnia 27 sierpnia 2020 r. Jednocześnie Odwołujący powołując się na fakt toczącego się postępowania sądowego w tym przedmiocie okoliczności takiej nawet nie uprawdopodobnił, podczas gdy Zamawiający kwestionował istnienie takiego sporu sądowego.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, iż brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp naruszył ww. przepis.

Natomiast odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie wykazał w sposób dostateczny ziszczenia się wszystkich przesłanek, o których mowa w ww. przepisie, skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w sposób zwiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Wykluczając wykonawcę na podstawie ww. przepisu Zamawiający, oprócz samego powołania się na treść art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, obciążony jest powinnością wykazania, że naruszenie obowiązków umownych stanowiło naruszenie obowiązków zawodowych, a do tego było poważne i przez wykonawcę zwinione (było efektem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy). W tym kontekście warto zwrócić uwagę na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r., w sprawie o sygn. C- 65/11, Forposta S.A. i ABC Direct Contact Sp. z o.o., w którym wskazano, iż pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych we wskazanym przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich, co ma istotne znaczenie dla realizacji zasady przejrzystości i proporcjonalności postępowania, jak również zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby, w przeciwieństwie do uzasadnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, w przypadku której Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu omówił każdą z przesłanek, w odniesieniu do art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zaniedbał wskazania dlaczego w jego ocenie naruszenie obowiązków umownych przez Odwołującego należy uznać za poważne naruszenie obowiązków zawodowych i dlatego wykonawcy należy przypisać co najmniej rażące niedbalstwo przy nienależytym wykonaniu umowy. Podkreślić należy, że mimo zbliżonego zakresu przedmiotowego art. 24 ust. 5 pkt 2 i art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, ustawodawca wyraźnie rozróżnia dwie wyżej wskazane podstawy wykluczenia, a każda z nich zawiera inne przesłanki, które muszą zostać spełnione w sposób kumulatywny, aby wykluczyć danego wykonawcę z postępowania. W konsekwencji nie sposób uznać za wystarczające, jak uczynił to Zamawiający, wyprowadzenia w sposób dorozumiany z faktu zaistnienia podstawy do wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, wniosku, że spełnione zostały również przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze, że omawiane regulacje mają charakter sankcyjny, niedopuszczalne jest jakiegokolwiek automatyczne działanie w tym przedmiocie. Przedstawione w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego uzasadnienie w zakresie podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, nie czyni zadość obowiązkowi nałożonemu na niego przez ustawodawcę. Zamawiający w treści zawiadomienia o wykluczeniu - poza wskazaniem, iż jego zdaniem zachodzi ww. podstawa wykluczenia Odwołującego z postępowania nie uzasadnił, że spełnione zostały kumulatywnie wszystkie przesłanki wskazane w tym przepisie. Izba dokonuje zaś weryfikacji prawidłowości działań Zamawiającego przez pryzmat uzasadnienia podstaw wykluczenia, jakie zostało zakomunikowane wykonawcom.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż zaistniałe po stronie Zamawiającego uchybienie w zakresie uzasadnienia istnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp Izba uwzględnia odwołanie całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z ww. przepisu jednoznacznie wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy, a mianowicie takiego, które wywarło wpływ lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. Ponieważ względem Odwołującego ziszcza się inna podstawa do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia (tj. podstawa o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp), wynik postępowania - pomimo niewykazania przez Zamawiającego drugiej podstawy wykluczenia - nie ulegnie zmianie, a zatem naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego w tym zakresie nie ma na ten wynik wpływu. W tym stanie rzeczy podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie mógł zostać uwzględniony.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe, wobec oddalenia odwołania w zakresie zarzutów naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, brak było także podstaw do uznania, że w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zarzuty te zostały bowiem oparte na tych samych okolicznościach faktycznych i stanowiły wyłącznie konsekwencję zarzutów wcześniej podniesionych. Jedynie tytułem uzupełnienia należy wskazać, że art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w jednoetapowych procedurach udzielania zamówień publicznych. Przywołana regulacja określa skutki złożenia oferty przez wykonawcę uprzednio wykluczonego z postępowania, co ma miejsce, przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert. Uznanie oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego za odrzuconą następuje *ex lege*, w oparciu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. To ten przepis jest zatem prawidłową podstawą odrzucenia oferty

wykonawcy wykluczonego z postępowania i to ten przepis został wskazany przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący.....

.....

.....