Sygn. akt: KIO 2106/17

WYROK
z dnia 23 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Członkowie: Monika Kawa – Ogorzałek
Ewa Kisiel

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2017 r. przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. S. i S. S. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Z. O. s.c. M. S., S. S.z siedzibą w G., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Rejonowy Zarząd Infrastruktury w O.,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. S. i S. S. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Z. O. s.c. M. S., S. S. z siedzibą w G. i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. S. i S. S. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Z. O. s.c. M. S., S. S.z siedzibą w G. tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. S. i S. S. prowadzących działalność

gospodarczą pod firmą Z. O. s.c. M. S., S. S.z siedzibą w G. na rzecz Zamawiającego: Rejonowego Zarządu Infrastruktury w O. kwotę 3.599,99 zł (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć i dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:……

Członkowie:……

……

Sygn. akt KIO 2106/17

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Odwołujący (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę budynku nr 28

(część kinowa) wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz utwardzeniem placu manewrowego w garnizonie M. dla potrzeb jednostki 1248 B., znak sprawy 102/RB, zwane dalej: „Postępowaniem". Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 21 lipca 2017 r. pod nr 556195-N-2017.

W dniu 10 października 2017 r. wykonawca Z. O. s.c. M. S. S. S. z siedzibą w G. (dalej „Odwołujący"), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył:

1. wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, pomimo, że Odwołujący podjął skuteczne czynności naprawcze, które ponownie pozwalają uznać go wykonawcę wiarygodnego, nie podlegającego wykluczeniu,
2. wadliwe przeprowadzeniu czynności badania ofert,
3. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty Odwołującego.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i art. 24 ust 9 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia pomimo tego, że:
   a) Odwołujący skutecznie wykazał dostępnymi mu dowodami, że podjęte przez niego działania naprawcze w ramach procedury „samooczyszczenia" są do i uniknięcie adekwatne stwierdzonych naruszeń gwarantują nieprawidłowego postępowania wykonawcy w przyszłości.
   b) w innym postępowaniu Zamawiający udzielił zamówienia Odwołującemu uznając, 3

że Odwołujący - pomimo wcześniejszych naruszeń - ponownie jest wykonawcą wiarygodnym i brak jest podstaw do jego wykluczenia,

2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, poprzez całkowicie dowolne, arbitralne wykluczanie Odwołującego z wybranych postępowań z powodu braku wiarygodności (art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp) i jednoczesne udzielanie Odwołującemu innych zamówień, w których Wykonawca jest w ocenie Zamawiającego wiarygodny i rzetelny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w odwołaniu.

Zamawiający Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na przebudowę budynku nr 28 (część kinowa) wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz utwardzeniem placu manewrowego w garnizonie M. dla potrzeb jednostki 1248 B. Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W części VI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej „SIWZ") Zamawiający zastosował fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców, w tym przesłankę określoną w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą 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.

Odwołujący w złożonej ofercie zaznaczył, że powyższa przesłanka wykluczenia z postępowania jest spełniona, jednak - w oparciu o art. 24 ust. 8 ustawy Pzp wykazał,

że jest wykonawcą rzetelnym, naprawił szkodę oraz podjął odpowiednie środki naprawcze, które pozwolą na uniknięcie w przyszłości analogicznych błędów w realizacji umowy.

Pismem z dnia 1 września 2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do doręczenia dokumentów wewnątrzzakładowych, które zostały wdrożone w celu wyeliminowania ryzyka opóźnień w związku z realizacją umów.
W dniu 3 października 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ zdaniem Zamawiającego Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszej umowy zawartej z Zamawiającym , co w konsekwencji doprowadziło do rozwiązania umowy. Jednocześnie - w ocenie Zamawiającego - Odwołujący nie wykazał, iż podjęte przez niego działania naprawcze, o których mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, są wystarczające dla wykazania rzetelności Odwołującego.

Pierwotną przyczyną wykluczenia Wykonawcy jest nienależyta realizacja wcześniejszej Umowy nr 113/WB/2016 zawartej pomiędzy Stronami w dniu 22 sierpnia 2016 r. której przedmiotem była przebudowa systemu wentylacji pomieszczeń warsztatu ślusarskiego, realizowana w systemie „zaprojektuj i zbuduj".
Zgodnie z § 13 ww. umowy, realizacja zadania zakładała trzy fazy - (1) opracowanie projektu inwestycji z wynagrodzeniem 1 950 zł brutto, (2) opracowanie dokumentacji budowlano-wykonawczej wraz z częścią kosztorysową z wynagrodzeniem 17 550 zł brutto oraz (3) wykonanie robót budowlano montażowych z wynagrodzenie 368 550 zł brutto.

Zamawiający uznał, iż doszło do opóźnienia w realizacji dwóch pierwszych faz realizacji przedmiotu umowy, w związku z tym pismem z dnia 13 lutego 2017 r. Zamawiający odstąpił od umowy wskazując następujące przyczyny:

1. niezorganizowanie przez Wykonawcę narady koordynacyjnej oraz nieprzedstawienie Programu Inwestycji,

2. nieopracowanie przez Wykonawcę dokumentacji budowlanej oraz nieuzyskanie w terminie prawomocnej decyzji - pozwolenia na budowę.

Odwołujący wskazał, że z perspektywy Wykonawcy, przygotowany przez Zamawiającego program funkcjonalno - użytkowy do Umowy nr 113/WB/2016 nie był wystarczająco precyzyjny. Już po zawarciu umowy oraz uzyskaniu stanowisk odpowiednich służb odpowiedzialnych za akceptację rozwiązań okazało się, że pierwotnie zakładana długość kanalizacji teletechnicznej ma być wielokrotnie większa, niż przyjęta przez Wykonawcę w złożonej ofercie. W związku z tym koszt realizacji inwestycji znacznie przekroczyłby kwotę wynagrodzenia wskazaną w ofercie Wykonawcy. Z uwagi na powyższe uwarunkowania, pismem z dnia 13 lutego 2017 r. Wykonawca odstąpił od Umowy nr 113/WB/2016.
Na dowód Odwołujący załączył do odwołania kopię Umowy nr 113/WB/2016, zawartej między Stronami w dniu 22 sierpnia 2016 r. oraz kopię pisma Zamawiającego z dnia 13 lutego 2017 r. o odstąpieniu od umowy.
Niezależnie od tego, która z przyczyn rozwiązania umowy ma znaczenie decydujące, Odwołujący podkreśla, iż podjęte przez niego środki naprawcze eliminują wszystkie powyższe przyczyny, stwierdzone przez Zamawiającego oraz przez Odwołującego.
W związku z odstąpieniem od umowy Odwołujący zapłacił karę umowną naliczoną przez Zamawiającego w wysokości 58 207,50 zł, w ten sposób doszło do naprawienia wyrządzonej Zamawiającemu szkody. Na dowód Odwołujący załączył kopię noty księgowej nr 41/02/2017 oraz Kompensaty umownej nr 1/03/2017.
Odwołujący podjął również działania naprawcze mające na celu uniknięcie nieprawidłowości w realizacji przyszłych umów. Po przeprowadzonej analizie przyczyn rozwiązania Umowy nr 113/WB/2016 Odwołujący uznał, że konieczna jest zmiana wewnętrznych zasad weryfikacji prawidłowości założeń przedstawianych w SIWZ oraz w dokumentacji technicznej oraz poprawa wewnętrznych zasad kontroli oraz organizacji prac kluczowego personelu Wykonawcy w zakresie: zasad realizacji zawartych umów, określenia procedur postępowania w trakcie robót, ustalenia uwag realizacji terminów, zgłaszania Zamawiającemu oraz udzielania odpowiedzi dla Zamawiającego w trakcie realizacji umów.
W tym celu Odwołujący wprowadził w swoim przedsiębiorstwie następujące procedury,

które szczegółowo określają sposób realizacji zawartych kontraktów, określone w wewnętrznych dokumentach:

1. powołanie zespołu ds. koordynacji wykonania podpisanych umów,
2. powołanie zespołu pracowników ds. składanych ofert w zamówieniach publicznych,

3. etapy postępowania w kontaktach z Zamawiającym w procesie realizacji podpisanych umów,
4. terminarz zgłaszania uwag i odpowiedzi dla Zamawiającego w realizacji umów,
5. zasady i tryb realizacji podpisanych umów,
6. tryb postępowania w trakcie robót.

Dowód: dokumentacja postępowania: oferta Odwołującego wraz z wyjaśnieniami, wymienione powyżej dokumenty wewnętrzne.
W ocenie Odwołującego, wdrożenie i konsekwentne stosowanie powyższych procedur daje gwarancję, że realizacja przyszłych umów będzie przebiegała bez zawinionych opóźnień ze strony Wykonawcy. Oprócz tego, Odwołujący nie współpracuje już z biurem projektowym, które uczestniczyło w realizacji prac projektowych w ramach Umowy nr 113/WB/2016, dodatkowo Odwołujący ukarał karą nagany pracownika odpowiedzialnego ze strony Wykonawcy za realizację ww. umowy.
W zawiadomieniu o wyborze oferty z dnia 3 października 2017 r. Zamawiający przedstawił uzasadnienie decyzji o wykluczeniu z postępowania Odwołującego. Istotnym jest to, z jakich przyczyn Zamawiający uznał, iż zastosowania przez Odwołującego procedura samooczyszczenia jest nieskuteczna. Zdaniem Zamawiającego, wdrożone działania i dokumenty nie są adekwatne do charakteru popełnionego deliktu. Powołanie zespołu mającego pozytywnie weryfikować proces szacowania cen ofert zapobiegającego przykładowo, składaniu ofert z cenami rażąco niskimi można ocenić pozytywnie, ale środek taki nie ma przełożenia na terminowość realizacji zamówień/umów.
Delikt będący podstawą odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy polegał na znacznym opóźnieniu w wykonaniu prac projektowych w ramach Umowy 113/WB/2016, tj. niezorganizowaniu narady koordynacyjnej oraz nieprzedstawieniu Programu Inwestycji, nieopracowaniu przez Wykonawcę dokumentacji budowlanej oraz nieuzyskaniu w terminie prawomocnej decyzji - pozwolenia na budowę. Dodatkowo Wykonawca sam odstąpił od umowy z powodu nieprecyzyjnych zapisów SIWZ w zakresie kanalizacji teletechnicznej, które w efekcie skutkowały niedoszacowaniem złożonej oferty.
Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wdrożone przez Odwołującego mechanizmy organizacyjno-nadzorcze prowadzą do rozwiązania wszystkich zjawisk, które stanowiły przyczynę rozwiązania Umowy 113/WB/2016.
Jak już wskazano wcześniej, to właśnie brak odpowiedniej organizacji prac, nieprawidłowa komunikacja wewnątrz firmy oraz z Zamawiającym, a także ograniczona kontrola doprowadziły do sytuacji, w której prace projektowe nie były realizowane prawidłowo,

zaś pracownicy Wykonawcy nie reagowali na ponaglenia ze strony Zamawiającego.
Wdrożone mechanizmy naprawcze bezpośrednio korelują z przyczynami, które na gruncie wcześniejszej umowy doprowadziły do jej rozwiązania.
W ramach czynności naprawczych, został powołany zespół ds. koordynacji podpisanych umów z Rejonowym Zarządem Infrastruktury w O. Dotychczasowa jednoosobowa koordynacja realizacji danej umowy, została uzupełniona działaniami ww. zespołu osób, którego głównym celem jest zapewnienie odpowiedniej koordynacji oraz nadzoru nad poszczególnymi etapami realizacji umów zawartych z Zamawiającym. W skład ww. zespołu weszli właściciele firmy wraz z kluczowymi pracownikami - kierownikami budów, kierownikami robót, księgową oraz kosztorysantem. Zadaniem zespołu jest systematyczne, cykliczne koordynowanie procesu realizacji umów, w szczególności dotrzymanie celu priorytetowego, jakim jest zapewnienie prawidłowej i terminowej realizacji umów.
W celu zapewnienia wykonania tych celów, zespół ds. koordynacji podpisanych umów określił szczegółowe procedury: realizacji podpisanych umów, zasad postępowania w trakcie realizacji robót, w tym zapewnienie odpowiedniego kontaktu i wymiany informacji z Zamawiającym, a także terminarz zgłaszania uwag i odpowiedzi dla Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego stały nadzór i koordynacja zespołu nad realizacją umów, połączona z wprowadzeniem odpowiednich procedur określających zasady, terminy oraz sposób współdziałania z Zamawiającym na poszczególnych etapach realizacji robót budowlanych, dają gwarancję, że w przypadku powstania ryzyka opóźnień z winy Wykonawcy, kierownictwo firmy będzie miało o tym wiedzę i z wyprzedzeniem będzie w stanie podjąć odpowiednie decyzje, w celu uniknięcia powstania nieprawidłowości. W ten sposób został wyeliminowany podstawowy problem związany z niewłaściwym, jednoosobowym nadzorem nad realizacją danej umowy przez wyznaczonego pracownika - w dotychczasowych rozwiązaniach, gdy pracownik nie wykonywał swojej pracy właściwie (np. nie pilnował terminów realizacji określonych w umowie, nie nadzorował podwykonawcy odpowiedzialnego za wykonanie części zadań), informacja o powstałych nieprawidłowościach docierała do osób kierujących zakładem ze znacznym opóźnieniem. Wprowadzone zmiany w zarządzaniu realizacją umów eliminują powyższe zagrożenia wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odstąpienia od umowy z dnia 13 lutego 2017 r. oraz gwarantują terminowość realizacji przyszłych umów.
Dodatkowo Odwołujący powołał zespół pracowników ds. składanych ofert w zamówieniach publicznych, którego zadaniem jest przeprowadzenie analizy warunków realizacji

zamówienia określonych w SIWZ oraz wykorzystanie potencjału grupy osób o różnych specjalnościach, w celu zapewnienia prawidłowej wyceny oferty.
Podsumowując, Wykonawca wprowadził działania naprawcze zarówno na etapie opracowywania i szacowania ofert, jak również - co Zamawiający pominął w decyzji o wykluczeniu - na etapie realizacji umów. Wszystkie działania naprawcze zostały wdrożone po wcześniejszym wyjaśnieniu faktów oraz okoliczności powstania nieprawidłowości w działaniach Wykonawcy, są odpowiednim remedium skutecznie eliminującym ponowne wystąpienie nieprawidłowości tego samego rodzaju.
2. W dalszej części uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego, Zamawiający przedstawił skalę aktualnie prowadzonego postępowania nr 102/RB, wskazał, że planowane prace są czaso- i pracochłonne oraz wymagają od wykonawcy zwiększonego zaangażowania, zarówno kadrowego-organizacyjnego jak i finansowego. Zamawiający podniósł, że osoba wyznaczona przez Odwołującego na kierownika budowy nie wchodzi w skład zespołu ds. składanych ofert w zamówieniach publicznych, co - w ocenie Zamawiającego - rodziło ryzyko ponownego „niedoszacowania" oferty. W dalszej części uzasadnienia Zamawiający - jak się wydaje - poddaje w wątpliwość, czy Odwołujący będzie w stanie zrealizować zamówienie po cenie niższej o 15,61% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o VAT. Zamawiający przywoływał poprzednią umowę, 113/WB/2016, która została rozwiązana przez Odwołującego z powodu niedoszacowania.
Powyższa argumentacja Zamawiającego w ocenie Odwołującego jest nielogiczna i nie odnosi się do istoty problemu. Po pierwsze - pełnienie funkcji kierownika budowy polega na kierowaniu wykonywaniem obiektu budowlanego, pełnieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie na etapie realizacji inwestycji. Brak jest związku pomiędzy wykonywaniem funkcji kierownika budowy a prawidłowym oszacowaniem oferty. Są to dwa różne etapy postępowania, okoliczność, iż przyszły kierownik budowy nie bierze udziału w szacowaniu oferty nie prowadzi do wniosku sformułowanego przez Zamawiającego, że takie działanie rodzi ryzyko niedoszacowania oferty. Po drugie - na gruncie Umowy 113/WB/2016 można stwierdzić, iż ryzyko niedoszacowania związane było z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia. Również ten problem został wyeliminowany poprzez powołanie zespołu pracowników ds. składanych ofert - grupy doświadczonych specjalistów z różnych dziedzin, których współdziałanie daje gwarancję prawidłowej wyceny oferty przez Wykonawcę.
Tak więc, w ocenie Odwołującego powątpiewania, co do prawidłowości wyceny są całkowicie nieuzasadnione. Nie powinny być również przedmiotem analizy w zakresie oceny wiarygodności wykonawcy. Ustawa Pzp w art. 90 określa odpowiedni tryb weryfikacji 9

ceny oferty, która wzbudza wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia. Jeżeli Zamawiający powziął wątpliwość na tym polu, nie powinien z tej przyczyny wykluczać Wykonawcy pod pozorem braku wiarygodności, lecz wszcząć

odpowiednią procedurę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.
W ostatniej części uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego, Zamawiający przytacza wyrok KIO w sprawie 1522/17, który został wydany w innym stanie faktycznym. Ocena dokonywania przez KIO w poprzedniej sprawie, nie uwzględniała czynności naprawczych podjętych przez Odwołującego po wydaniu rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie 1522/17. W związku z uwagami Izby, która pierwotnie zastosowane przez Wykonawcę środki uznała za niewystarczające, Odwołujący podjął dalsze działania naprawcze związane z koordynacją i nadzorem nad realizacją zawartych umów - określone w dokumentach wewnętrznych z dnia 14 sierpnia 2017 roku.
Zdaniem Odwołującego należy podkreślić, iż są to działania adekwatne w stosunku do przyczyn, jakie spowodowały odstąpienie od umowy 113/WB/2016. Wprowadzenie oraz konsekwentne stosowanie przedstawionych procedur daje gwarancję prawidłowej realizacji przyszłych zamówień.
Wskazane w końcowym fragmencie zawiadomienia o wyborze oferty oczekiwania Zamawiającego, co do rodzaju działań, jakie Odwołujący powinien podjąć w ramach samooczyszczenia, są całkowicie nieadekwatne do przyczyn oraz rodzaju naruszeń Umowy 113/WB/2016, które doprowadziły do jej rozwiązania. Według Odwołującego przyczyną opóźnień w realizacji Umowy 113/WB/2016 były zaniechania pracownika odpowiedzialnego za realizację umowy, związany z tym brak odpowiedniego nadzoru nad terminowością realizacji prac projektowych, niedoszacowanie ceny oferty w związku z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia. To nie brak odpowiedniego potencjału (liczby osób, liczby sprzętu, materiałów budowlanych) doprowadził do rozwiązania Umowy 113/WB/2016. Umowa została rozwiązana z powodu nienależytej realizacji etapu projektowego - a nie realizacji robót budowlanych. W związku z tym środki naprawcze powinny być odpowiednie do przyczyn oraz rodzaju naruszeń. Oczekiwanie Zamawiającego w zakresie wykazania potencjału kadrowego, wykazu sprzętu, oferty na materiały budowlane, kosztorys uproszczony nie odnoszą się do rodzaju stwierdzonych nieprawidłowości - te środki byłyby uzasadnione, gdyby przyczyną rozwiązania wcześniejszej umowy była nienależyta realizacja prac budowlanych spowodowana niewystarczającą liczbą pracowników, brakiem odpowiedniego sprzętu, niezapewnieniem materiałów budowlanych.

Natomiast w kontekście przyczyn rozwiązania Umowy 113/WB/2016, oczekiwania sygnalizowane przez Zamawiającego są nieuzasadnione - nie odnoszą się do przyczyn rozwiązania wskazanej umowy, są nieadekwatne do rodzaju nieprawidłowości które legły u podstaw jej rozwiązania.
Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej przyczyny rozwiązania Umowy 113/WB/2016 oraz podjęte przez Odwołującego środki naprawcze, Zamawiający przekroczył dopuszczalne ramy oceny wiarygodności Wykonawcy. Procedura samooczyszczenia zapewnia Zamawiającemu dużą swobodę w ocenie czynności wykonawcy, nie dopuszcza jednak całkowitej dowolności oraz negowania wszelkich działań ocenianego podmiotu.
Jak wynika z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z dnia 3 października 2017 r., Zamawiający pominął działania podjęte przez Odwołującego, mające na celu zapewnienie prawidłowego przebiegu etapu realizacji umów, formułuje nielogiczne uwagi w zakresie udziału kierownika robót w szacowaniu oferty, buduje nieuzasadnione wątpliwości w zakresie rzetelności ceny złożonej oferty oraz na koniec wskazuje swoje oczekiwania, co do sposobu odbudowy wiarygodności Wykonawcy, które nie są związane z przyczynami rozwiązania wcześniejszej umowy. Tego rodzaju działania Zamawiającego, z założenia nastawione na negację wszelkich działań Wykonawcy, czynią w ocenie Odwołującego procedurę samooczyszczenia martwą. Swobodna ocena powinna uwzględniać przyczynę problemu, możliwe metody wyeliminowania problemu w przyszłości - z uwzględnieniem specyfiki działania danego wykonawcy oraz jego możliwości dowodowych.
Przed wykluczeniem w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający już raz uznał, że Odwołujący jest rzetelnym i wiarygodnym partnerem, czego wyrazem było skierowane do niego zaproszenie w dniu 15 maja 2017 r. do złożenia oferty na wykonanie robót budowlanych w postępowaniu 70/RB. W powyższym postępowaniu Zamawiający również wskazał na możliwość wykluczenia wykonawcy z powodu braku wiarygodności, Zamawiający uznał jednak, iż Odwołujący jest wiarygodnym wykonawcą, nie wykluczył go z postępowania i udzielił mu zamówienia, w wyniku czego została zawarta umowa

na roboty budowlane nr 59/WB/2017 z dnia 18 maja 2017 r. na kwotę 441 965,90 zł. W protokole odbioru powyższych prac z dnia 8 czerwca 2017 r. Zamawiający wskazał, że jakość robót jest wzorowa, zaś prace zostały wykonane przed umówionym terminem. W ocenie Odwołującego wynika stąd, że Zamawiający w sposób dowolny, arbitralny selekcjonuje zamówienia, w których może wziąć udział Odwołujący - w jednych postępowaniach uznaje, że odzyskał on swą wiarygodność, w innych zaś twierdzi, że Odwołujący jednak wiarygodny nie jest.

Zdaniem Odwołującego, tego rodzaju działanie jest całkowicie nieuprawnione, prowadzi do subiektywnej selekcji wykonawców oraz naruszenia zasady przejrzystości, równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W toku rozprawy Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje stanowiska. Zamawiający podkreślał, że nigdy nie kwestionował jakości prac wykonywanych przez Odwołującego, a podstawą wykluczenia go z postępowania było niewystarczające wykazanie faktycznego wdrożenia procedur związanych z deklarowanym przez Odwołującego samooczyszczeniem w rozumieniu art. 24 ust. 8 Pzp.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie,
Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, ze odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Zamawiający w rozdziale VI SIWZ – Podstawy wykluczenia zastrzegł, że w przedmiotowym postępowaniu będzie korzystał z przesłanek wykluczenia wykonawców wskazanych w na art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Stanowi to punkt wyjścia do dalszej analizy na temat zgodności z prawem wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany s.c. M. S. S. S. Zgodnie z brzmieniem art. 24 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający jest uprawniony do dodatkowego zaostrzenia warunków udziału w postępowaniu poprzez wykorzystanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia wskazanych w tym przepisie. Wskazanie w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, że Zamawiający ma zamiar z tych dodatkowych przesłanek korzystać powoduje, że w obrębie tego postępowania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 Pzp stają się obligatoryjnymi. Zamawiający i wykonawcy stają się związani treścią powyższego przepisu. Ustalenie to ma kluczowe znaczenie dla oceny Zamawiającego – treść rozdziału VI SIWZ decydowała, że Odwołujący podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, z zastrzeżeniem art. 24 ust. 8 i 9 ustawy.

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 8 Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez

niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy.

Kluczowe dla uznania przez Zamawiającego, że samooczyszczenie zostało przeprowadzone

skutecznie jest wykazanie tego faktu, a więc jego jednoznaczne udowodnienie przez Wykonawcę. To na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie i to w jego interesie jest wyczerpujące i jasne argumentów, pozwalających przedstawienie Zamawiającemu na uznanie go za podmiot rzetelny i godny zaufania.
Wykonawca załączył do oferty oświadczenie, w którym wskazał, że podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, ale nie dołączył dokumentów mających potwierdzać fakt prawidłowego wdrożenia procedury samooczyszczenia. Oferta Odwołującego zawierała jedynie wyjaśnienia przyczyn rozwiązania Umowy 113/WB/2016 z 22 sierpnia 2016 r., informację o zapłaceniu kary umownej na rzecz Zamawiającego oraz opis działań o charakterze organizacyjnym i kadrowym, podjętych dla uniknięcia w przyszłości kolejnego niepowodzenia w realizacji umowy. Nie można jednak stwierdzić, by dokument ten dawał Zamawiającemu wystarczającego oparcie do analizy wiarygodności Odwołującego. Była to wyłącznie deklaracja, niepoparta żadnymi konkretnymi dowodami.
W toku rozprawy Odwołujący kilkakrotnie podnosił, że jako wykonawca jest doskonale znany Zamawiającemu. Jednak argument o wieloletniej współpracy między Odwołującym, a Zamawiającym jest w ocenie Izby pozbawiony znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie. Jest bezsporne, że Umowa 113/WB/2016 nie została przez wykonawcę zrealizowana należycie, za co ponosi on odpowiedzialność. Nawet jeśli prawdziwe jest jego twierdzenie o przyczynieniu się Zamawiającego do zaistnienia problemu, nie ulega wątpliwości, że podpisując umowę, Wykonawca wziął na siebie związane z tym faktem ryzyko i odpowiedzialność.
W interesie wykonawcy jest wykazanie Zamawiającemu, że jest podmiotem na tyle wiarygodnym, by wynikający z art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp nakaz wykluczania go z postępowań o udzielanie zamówień publicznych przez kolejne trzy lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia był sankcją niewspółmierną, a przez to nie znajdującą zastosowania. 13

Biorąc pod uwagę spoczywający na wykonawcy ciężar dowodu, Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie niepodlegania wykluczeniu na podst. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Mimo to, wzywając go w dniu 1 września 2017 r. do dostarczenia do oferty dokumentów w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zażądał również przedłożenia dokumentów, potwierdzających skuteczne wdrożenie procedury samooczyszczenia. Nie sposób pominąć tu faktu, że treścią powyższego wezwania Zamawiający również zwrócił się do Odwołującego o przedstawienie stosownych wyjaśnień w zakresie samooczyszczenia się wykonawcy. W ocenie Izby dowodzi to dobrej woli Zamawiającego. Skoro uznał, że przedstawione z ofertą dowody samooczyszczenia są niewystarczające, to zgodnie z łączną interpretacją art. 24 ust. 5 pkt 4 oraz art. 24 ust. 8 i 9 Pzp mógł od razu wykluczyć Odwołującego z postępowania.
W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przesłał Zamawiającemu następujące dokumenty:

1. „Zasady i tryb realizacji podpisanych umów” z 14 sierpnia 2017 r.,
2. „Tryb postępowania w trakcie robót” z 14 sierpnia 2017 r.,
3. „Etapy postępowania w kontaktach z Zamawiającym w procesie realizacji podpisanych umów” z 14 sierpnia 2017 r.,
4. „Powołanie zespołu ds. koordynacji wykonania podpisanych umów” z 14 sierpnia 2017 r.,
5. „Powołanie zespołu pracowników ds. składanych ofert w zamówieniach publicznych” z 28 marca 2017 r.

Podkreślenia wymaga, że w treści pisma, pomimo prośby Zamawiającego Odwołujący nie złożył żadnych wyjaśnień w zakresie samooczyszczenia.
Po przeprowadzeniu ich analizy Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji odrzucił jego ofertę, za najkorzystniejszą uznając ofertę złożoną przez wykonawcę S. T. D. Spółka Jawna. Odwołujący nie wykazał okoliczności, że przyjęte procedury wewnątrzzakładowe nie służą jedynie formalnemu wypełnieniu przesłanek z art. 24 ust. 8 Pzp, wobec czego dotknęły go skutki niedostatecznego udowodnienia własnej wiarygodności.
W ocenie Izby działania Zamawiającego były w pełni uzasadnione i znajdowały oparcie w przepisach prawa. . Przedłożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów regulaminy wewnątrzzakładowe miały charakter ogólnikowy. Odwołujący ponadto

nie przedstawił żadnego dowodu ich wdrożenia. Izba nie kwestionuje treści tych

regulaminów, ale zwraca uwagę, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem (m. in. KIO 1851/17), że art. 24 ust. 9 Pzp stanowi wyjątek od nakazu wykluczenia z postępowania wykonawcy, który z własnej winy nienależycie zrealizował zamówienie na rzecz podmiotów o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 Pzp. Wniosek stąd, że Zamawiający ponosi pełną odpowiedzialność za decyzję o uznaniu samooczyszczenia za prawidłowe i w konsekwencji udzielenie zamówienia podmiotowi, który uprzednio zawinił nieprawidłowej realizacji umowy o zamówienie publiczne. Zatem to w interesie Odwołującego było dostarczenie Zamawiającemu wszelkich dowodów i argumentów umożliwiających zastosowanie wyjątku od obowiązku wynikającego z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i odstąpienie od wykluczenia jego z postępowania.
W odniesieniu do przedstawionych przez Odwołującego w toku rozprawy dowodów potwierdzających jego wiarygodność, wysoką jakość realizowanych robót i bogate doświadczenie Izba zwraca uwagę, że to działanie spóźnione. Izba ocenia czynności Zamawiającego na moment ich dokonania, nie jest jej zadaniem znoszenie skutków niezachowania należytej staranności wykonawcy w dowodzeniu swej wiarygodności. Jedyny, naprawdę konkretny, argument świadczący na korzyść Odwołującego w chwili jego wykluczenia z postępowania, to fakt naprawienia szkody wynikłej z nienależytej realizacji Umowy 113/WB/2016, ale zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, sam fakt zapłacenia kary umownej nie jest wystarczający dla uznania, że wykonawca w przyszłości będzie należycie realizował swoje obowiązki (KIO 139/17).
Odwołujący nie wykazał, że dokumenty świadczące o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia przedstawione w toku rozprawy były dostępne dla Zamawiającego w czasie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Zamawiający zaprzeczył na rozprawie, by posiadał między innymi kopię nagany udzielonej odpowiedzialnemu za nienależytą realizację Umowy nr 113/WB/2016 oraz artykuł prasowy z „Rzeczpospolitej" informujący o przyznaniu przez niezależne gremium Odwołującemu nagrody za jakość wykonywanych prac, Odwołujący zaś nie przedstawił żadnego dowodu, by Zamawiającemu te dokumenty w stosownym momencie przekazał.
Biorąc pod uwagę treść dokumentów, przestawionych przez Odwołującego Zamawiającemu oraz ustalenia poczynione, w oparciu o analizę dokumentacji postępowania i argumentów podniesionych przez strony podczas rozprawy Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów Pzp, wskazanych w odwołaniu.
Odwołujący podniósł, że po rozwiązaniu Umowy nr 113/WB/2016, Zamawiający udzielił mu kolejnego zamówienia na roboty budowlane, które zgodnie z przedstawionym w toku

rozprawy protokołem odbioru zostały wykonane z wzorową jakością i przed upływem wymaganego terminu. Odwołujący uważa, że pozytywna ocena jego zdolności do wykonania zamówienia jest wiążąca dla Zamawiającego na przyszłość i pozwala na niestosowanie trzyletniego terminu wykluczania wynikającego z art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp.
W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest nieprawidłowe. Fakt udzielenia Odwołującemu zamówienia w trybie „z wolnej ręki" i zawarcie umowy 59/WB/2017 z dnia 18 maja 2017 r. powinien być jednym z argumentów, które Odwołujący powinien przedstawić Zamawiającemu na etapie oceny jego oferty. Powołanie się na to zdarzenie dopiero na etapie odwołania od wykluczenia Odwołującego z postępowania jest w ocenie Izby spóźnione.
Obowiązkiem Odwołującego było udowodnienie skutecznego samooczyszczenia Zamawiającemu. Z tego względu wszelkie argumenty, które Odwołujący podniósł w toku rozprawy, bez udowodnienia ich udostępnienia Zamawiającemu na etapie oceny oferty Odwołującego, nie zasługują na uwzględnienie.
Izba zwraca uwagę, że Zamawiający ocenia spełnianie warunków udziału oraz niepodleganie wykonawców wykluczeniu z postępowania w odniesieniu do konkretnego zamówienia. Należyta realizacja jednego zamówienia nie musi zatem mieć znaczenia dla Zamawiającego przy kolejnym, szczególnie, że zakres i wartość Umowy 59/WB/2017 były o wiele mniejsze niż przedmiot zamówienia w przedmiotowej sprawie. Uznając tok rozumowania Odwołującego za słuszny, należałoby przyjąć, że spełnianie warunków udziału

w postępowaniu przez wykonawcę powinno obligować Zamawiającego do automatycznego uznawania spełniania tych warunków w kolejnych postępowaniach. Prawidłowa analiza odpowiednich przepisów ustawy Pzp prowadzi do jednoznacznego wniosku, że takie twierdzenie jest nieuprawnione. W granicach wynikających z wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasadzie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oceny skuteczności Zamawiający uprawniony jest do samodzielnej samooczyszczenia wykonawcy w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniu Odwołującego żaden przepis ustawy Pzp nie nakazuje Zamawiającemu automatycznego uznawania wiarygodności wykonawcy, w przypadku jej uznania we wcześniej udzielonych zamówieniach.

Wobec powyższego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:……

Członkowie:……

……