

Sygn. akt: KIO 2046/22

WYROK

z dnia 23 sierpnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę KD Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Województwo Zachodniopomorskie, w imieniu i na rzecz którego działa Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego KD Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego KD Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie na rzecz zamawiającego Województwa Zachodniopomorskiego, w imieniu i na rzecz którego działa Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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 2046/22

Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Zachodniopomorskie, w imieniu i na rzecz którego działa

Zachodniopomorski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Koszalinie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi zarządzania projektem pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr

152 na odcinku Świdwin - Połczyn Zdrój - etap I” (nr ref.: ZZDW-6.414.12.2022.8.2). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej

z dnia 21 lutego 2022 r. pod numerem 2022/S 036-093268. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 4 sierpnia 2022 r. wykonawca KD Inżynieria Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 126 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe i zbędne wezwanie Odwołującego pismem z dnia 21.06.2022 roku do złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia - załącznik nr 4 do SWZ, w sytuacji, gdy Odwołujący złożył wskazany podmiotowy środek dowodowy podpisany w dniu 26.03.2022 roku wraz z ofertą z dnia 25.03.2022 roku i pozostał on aktualny zarówno do dnia wezwania jak i do dnia 27.07.2022 roku (kiedy to Zamawiający udostępnił informację o odrzuceniu oferty, wykluczeniu Odwołującego od udziału w postępowaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej), jak i pozostaje ono aktualne do dnia dzisiejszego;
2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe i zbędne wezwanie Odwołującego pismem z dnia 08.07.2022 roku do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia - załącznik nr 4 do SWZ, w sytuacji, gdy Odwołujący złożył wymagane oświadczenie wraz z ofertą, a dodatkowo - ponownie na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.06.2022 roku i każdorazowo było to oświadczenie poprawne i pełne;
3. art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe wykluczenie Odwołującego od udziału w postępowaniu wobec nieprzedstawienia przez Odwołującego dowodów na podjęcie środków naprawczych umożliwiających odstąpienie przez Zamawiającego od wykluczenia Wykonawcy, w sytuacji gdy Odwołujący nie podlegał wykluczeniu, gdyż Zamawiający nie wypowiedział skutecznie wcześniejszej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wobec czego nie zachodziła przesłanka wykluczenia, w konsekwencji czego nie było potrzeby wykazywania spełnienia przesłanek ją wyłączających;
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania, w sytuacji, gdy taka okoliczność w odniesieniu do Odwołującego nie wystąpiła;
5. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowy wybór oferty wykonawcy RDJ - Projektowanie-Nadzór-Wykonawstwo Robert Andruszko jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy Odwołujący nie podlegał wykluczeniu od udziału w postępowaniu, a jego oferta - odrzuceniu, wobec czego winna ona zostać oceniona i na skutek tej oceny wybrana ofertą najkorzystniejszą w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia procesu badania oferty i przeprowadzenia oceny oferty Odwołującego i przyznanie Odwołującemu: maksymalnej liczby punktów, tj. 60 pkt w kryterium oceny „Cena brutto PLN”, maksymalnej liczby punktów, tj. 16 pkt w kryterium oceny „Punkowane doświadczenie Inżyniera Projektu” oraz maksymalnej liczby punktów, tj. 24 w kryterium oceny „Punkowane doświadczenie Inspektora Nadzoru Robót Drogowych”, zatem łącznej punktacji - 100 pkt, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania opisano szczegółowo przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, a także okoliczności faktyczne związane z realizacją przez Odwołującego umowy nr 99/8-2/21 z dnia 9 kwietnia 2021 r. dotyczącej zarządzania projektem „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przebieg przez Stepnicę etap I).” Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że ww. umowa obowiązywała do 13 sierpnia 2022 r., a Odwołujący miał naruszyć jej postanowienia opuszczając w czasie jej obowiązywania, tj. 31 maja 2022 r. plac budowy. Odwołujący przywołał treść § 2 ust. 2

ww. umowy odnoszący się do terminu realizacji zamówienia, wskazując, że w toku realizacji zadania pojawiła się konieczność realizacji robót dodatkowych i zamiennych, które wydłużyły o okres co najmniej 11 miesięcy termin realizacji robót budowlanych, co wymagało przedłużenia umowy w sprawie zarządzania projektem. Odwołujący podkreślił, że usługa zarządzania projektem jest umową starannego działania. Umowa nie może być zawarta na czas nieoznaczony do czasu zakończenia robót budowlanych. Ustawa Pzp wymaga, aby umowa o realizację zamówienia była zawarta na czas oznaczony (art. 434 ust. 1). Odniesienie się do pewnego zdarzenia przyszłego, ale niepewnego co do samego faktu jak i możliwej do przewidzenia chwili nadejścia nie stanowi wyznaczenia terminu, ale jest warunkiem i jako takie nie może określać ram czasowych obowiązywania umowy zawartej w trybie zamówień publicznych i momentu zakończenia świadczenia usług wskazanego w umowie. Z powyższych względów zdaniem Odwołującego był on zobowiązany do świadczenia usługi zarządzania projektem „Rozbudowa Reclaw - Stepnica” jedynie do dnia 31.05.2022 roku. Odwołujący wskazał, że już w piśmie z dnia 23 marca 2022 r. przedstawił Zamawiającemu swoją wykładnię § 2 ust. 2 umowy, w świetle której Odwołujący był zobowiązany do świadczenia usług nadzoru do 31 maja 2022 r. Odwołujący wyraził wówczas również gotowość do dalszego sprawowania nadzoru w przypadku ustalenia zasad dalszej współpracy i przedstawił jej warunki. Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający dał Odwołującemu do zrozumienia, że może oczekiwać przedłużenia okresu realizacji umowy, a kwestia dodatkowego wynagrodzenia będzie przedmiotem ustaleń. Na tę okoliczność Odwołujący złożył korespondencję prowadzoną z Zamawiającym. Odwołujący zauważył, że Zamawiający w tej korespondencji nie kwestionował interpretacji postanowień umownych prezentowanej przez Zamawiającego ani nie przedstawił własnej interpretacji, a ponadto przyznał, że z uwagi na znaczny zakres robót dodatkowych koniecznym będzie wydłużenie terminu realizacji robót oraz zapewnił wykonawcę, że wysokość dodatkowego wynagrodzenia będzie możliwa do określenia po podpisaniu aneksu do umowy z generalnym wykonawcą.

Dalej Odwołujący wskazał m.in., iż po podpisaniu przez Zamawiającego aneksu do umowy z generalnym wykonawcą, otrzymał odpowiedź na swój wniosek o określenie warunków współpracy, gdzie Zamawiający uznał, iż termin realizacji umowy o świadczenie usług przedłuża się automatycznie, a wykonawcy nie przysługuje w takiej sytuacji dodatkowego wynagrodzenie. Odwołujący nie zgodził się z takim stanowiskiem. Wskazał, że proponowana mu treść aneksu do umowy dotycząca przedłużenia terminu realizacji usług była niespójna ze stanowiskiem Zamawiającego, iż umowa i tak obowiązuje do 30 dni od dnia spisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót budowlanych. Odwołujący przywołał treść udzielonej Zamawiającemu wówczas odpowiedzi. Zdaniem Odwołującego umowa zawarta w trybie zamówień publicznych musi być umową zawartą na czas oznaczony, a aby umowa spełniała warunek zawarcia jej na czas oznaczony, końcowy termin jej obowiązywania nie może być uzależniony od spełnienia się warunku, ale - terminu. Określenie, że nadzór nad robotami budowlanymi trwa do dnia od dnia spisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót budowlanych lub od daty potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym robót budowlanych jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym, zatem warunkiem, w dodatku o charakterze alternatywnym. Jedynym zawartym w umowie terminem jest ustalony (czyli wyznaczony w sposób sztywny) na dzień 31.05.2022 roku termin zakończenia robót budowlanych i tylko on był dla stron wiążący. Odwołujący zobowiązany był do sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi prowadzonymi do dnia 31.05.2022 roku. Aby Odwołujący zobowiązany był do sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi prowadzonymi po dniu 31.05.2022 roku, Strony musiałyby zmienić łączącą je umowę w zakresie terminu jej obowiązywania, zawierając w formie pisemnej pod rygorem nieważności aneks do umowy, a do zawarcia aneksu nie doszło. Wobec tego w ocenie Odwołującego po upływie dnia 31.05.2022 roku umowa wygasła na skutek upływu terminu, na który została zawarta. Odwołujący dodał, że do dnia 31.05.2022 roku Odwołujący prawidłowo nadzorował roboty budowlane w ramach zadania i wykonał wszystkie obowiązki umowne w okresie realizacji robót budowlanych. Po dniu 31.05.2022 roku Spółka zapowiedziała dokonanie stosownego wpisu w dzienniku budowy i przekazanie sprawowania nadzoru kolejnemu podmiotowi, jednocześnie przechodząc do powierzonych jej zadań w okresie po zakończeniu robót budowlanych, wyrażając gotowość do przygotowania dokumentów końcowych i rozliczenia. Spółka nie złożyła oświadczenia o wypowiedzeniu umowy ani nie naruszyła żadnych jej postanowień, co mogłoby uzasadniać złożenie takiego oświadczenia przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał także na dalszą korespondencję z Zamawiającym, w której w sposób konsekwentny podtrzymał swoje stanowisko dotyczące zakończenia nadzoru nad robotami budowlanymi z dniem 31.05.2022 roku, wskazał, że w okresie, w którym Odwołujący zobowiązany był na podstawie umowy do sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi, wszystkie obowiązki w czasie realizacji robót budowlanych zostały przez niego należycie zrealizowane, nie można mówić o niewykonaniu czy też nienależytym wykonaniu umowy, zapewnił Zamawiającego o realizacji również pozostałych obowiązków umownych w okresie po zakończeniu nadzoru nad robotami budowlanymi. Mimo tego Zamawiający w dniu

15.06.2022 r. złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy. Odwołujący zauważył, że w piśmie tym Zamawiający nie odniósł się do wyjaśnień Odwołującego, nie wskazał, czy złożone wyjaśnienia uważa za wiarygodne czy też nie, z jakich przyczyn i w jakim zakresie, powołał się na „wcześniejsze wezwania”, przy czym nie wiadomo o jakie wezwania i do miałyby chodzić. Odwołujący zakwestionował oświadczenie Zamawiającego w piśmie z dnia 24.06.2022 roku, wskazując w szczególności, że umowa obowiązywała do dnia 31.05.2022 roku, wobec czego po tym dniu nie mogła zostać wypowiedziana. Odwołujący podkreślił, że zrealizował obowiązki umowne w okresie po zakończeniu nadzoru nad robotami budowlanymi - przygotował i przedstawił Zamawiającemu końcowy raport odbioru usługi oraz raport końcowy - czerwiec 2022 r. Zamawiający w odpowiedzi nie odniósł się do argumentów Zamawiającego co do formalnej możliwości wypowiedzenia umowy w dniu 15.06.2022 roku i braku jego merytorycznego uzasadnienia, nie odpowiedział na zadane przez Odwołującego pytanie co do okresu obowiązywania umowy, nie odniósł się do tego, że kwestią istotną nie jest to, czy wskazane przez niego w piśmie z dnia 15.06.2022 roku postanowienia umowne dotyczą obowiązków Wykonawcy, bo to nie budziło wątpliwości, ale że są to obowiązki na etapie prowadzenia robót, zatem nie mogą one zostać naruszone po terminie prowadzenia robót przewidzianym w umowie, odmówił przyjęcia dokumentów sporządzonych i przedłożonych przez Odwołującego w wykonaniu obowiązków na etapie po zakończeniu robót budowlanych, tym samym uniemożliwiając mu realizację przez niego tychże obowiązków.

Odwołujący zauważył też, że obecnie Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na Zarządzanie Projektem pt. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę)” - dokończenie zadania (ZZDW-6.313.140.2022.8.2), w którym odmiennie uregulowano kwestię terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy (powołał się na §2 ust. 1-3 oraz § 3 ust. 3-4 projektowanych postanowień umowy). Zdaniem Odwołującego świadczy to o tym, że Zamawiający dostrzegł, że jego dotychczasowe stanowisko było błędne i niezgodne z przepisami ustawy Pzp, dlatego z własnej inicjatywy do nowego zamówienia wprowadził zmiany. Zamawiający zmieniając sposób określenia terminu końcowego obowiązywania umowy poprzez wskazanie konkretnej liczby dni jej obowiązywania przyznał, że koniec okresu obowiązywania umowy nie może być uzależniony od spisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót budowlanych czy od potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym robót budowlanych tak jak zostało to zapisane w umowie z Odwołującym i nie mogą one wyznaczać momentu zakończenia okresu obowiązywania umowy. Rezygnując z określenia końca okresu obowiązywania umowy w odniesieniu do spisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót budowlanych czy od potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym robót budowlanych, przyznał, że jedynym terminem wyznaczającym koniec obowiązywania umowy z Odwołującym by termin zakończenia robót budowlanych w dniu 31.05.2022 roku. Określając czas obowiązywania umowy jako 285 dni, na co składa się 241 dni wykonywania robót budowlanych i 44 dni na ich odbiór, licząc od dnia 01.09.2022 roku, przyznał, że roboty budowlane miałyby być realizowane do 31.04.2022 roku, zatem 11 miesięcy dłużej niż w umowie określonej z Odwołującym jako Zarządzającym projektem, a nie 6 miesięcy dłużej jak w zaproponowanym Odwołującemu do podpisania Aneksie nr 1 do umowy. Określając warunki ustalenia dodatkowego wynagrodzenia Zarządzającego Projektem w przypadku wydłużenia terminu realizacji robót budowlanych ponad 90 dni Zamawiający przyznał, że roboty budowlane już planowane na czas o 11 miesięcy dłuższy niż pierwotnie, mogą zostać zakończone w jeszcze dłuższym terminie - co najmniej 3 miesiące dłuższym. Określając zasady określenia wysokości zwiększonego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi w czasie o ponad 90 dni dłuższym niż określony w umowie, przyznał, że Zarządzający Projektem nie ponosi wszelkich ryzyk związanych z realizowanym procesem budowlanym a za dłuższą realizację usługi należy mu się wynagrodzenie, przy czym aktualnie uznał za zasadne podwyższenie wynagrodzenia w przypadku wydłużenia robót budowlanych o 3 miesiące, a takiej potrzeby nie widział w rozmowach z Odwołującym, od którego oczekiwał bezpłatnego świadczenia usługi w okresie dłuższym o 11 miesięcy, o ile nie dłużej.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że zawarta między Zamawiającym a Odwołującym umowa nr 99/8-2/2021 z dnia 09.04.2021 roku była umową zawartą na czas oznaczony, czas obowiązywania umowy w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi upływał z końcem dnia 31.05.2022 roku. Odwołujący już w marcu 2022 roku sygnalizował Zamawiającemu zbliżanie się terminu rozwiązania łączącego strony stosunku prawnego i deklarował gotowość do przedłużenia współpracy w przypadku określenia jej warunków w zakresie przysługującego mu wynagrodzenia. Zamawiający deklarował gotowość do przyznania Odwołującemu dodatkowego wynagrodzenia, nie kwestionując prezentowanej przez niego wykładni postanowień umowy co do zakresu jej obowiązywania, nie wskazując żadnej konkretnej daty, do której umowa miałaby obowiązywać, innej niż 31.05.2022 roku. Zamawiający odmówił przyznania Odwołującemu dodatkowego wynagrodzenia za sprawowanie nadzoru nad robotami budowlanymi realizowanymi po 31.05.2022 roku, jednak

żądał podpisania aneksu terminowego do umowy, oczekując bezpłatnego realizowania usługi w przedłużonym okresie. Do podpisania aneksu terminowego nie doszło, umowa uległa rozwiązaniu z upływem terminu w niej pierwotnie przewidzianym. W czasie obowiązywania umowy Odwołujący zrealizował wszystkie przewidziane w niej obowiązki na etapie prowadzenia robót budowlanych i przystąpił do realizacji obowiązków na etapie po zakończeniu robót budowlanych. Odwołujący podniósł, iż mimo wygaśnięcia umowy i realizacji obowiązków w niej przewidzianych, Zamawiający złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy, co miało miejsce 15.06.2022 roku, zatem 15 dni po zakończeniu okresu jej obowiązywania, w związku z rzekomym naruszeniem przez Odwołującego obowiązków umownych na etapie nadzoru robót budowlanych, do których realizacji od 15 dni nie był on zobowiązany. Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu wykonanie obowiązków na etapie po zakończeniu robót budowlanych, odsyłając przygotowane dokumenty w postaci końcowego protokołu odbioru usługi i raportu końcowego. Zamawiający złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy, które nie wywołało ono skutku prawnego w postaci rozwiązania łączącego strony stosunku prawnego. nie została rozwiązana przed upływem terminu, na który została zawarta, który to upłynął z dniem 31.05.2022 roku.

W konsekwencji Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie był uprawniony do skierowania do Odwołującego wezwania do złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, na formularzu JEDZ. Odwołujący wraz z ofertą przedłożył oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu na formularzu JEDZ złożone przez siebie jak i przez Usługi Inżynierskie K. S., tj. przez podmiot udostępniający mu zasoby. Oba te oświadczenia pozostały aktualne, ponieważ wobec niezasadności i bezskuteczności oświadczenia o wypowiedzeniu umowy nr 99/8-2/2021 sytuacja Odwołującego jako podmiotu startującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie uległa zmianie. Zamawiający dysponował kompletnymi, poprawnymi i aktualnymi wymaganymi środkami podmiotowymi przedłożonymi przez Odwołującego. Nie istniały zatem żadne podstawy do wzywania Odwołującego, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia „aktualnego” formularza JEDZ. Zamawiający nie był również uprawniony do wzywania Odwołującego do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, na formularzu JEDZ. Nie miała miejsca sytuacja, w której złożony przez Odwołującego załącznik JEDZ byłby niekompletny czy zawierał błędy. Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedłożył ponownie załącznik nr 4 do SWZ, wskazując, że skierowane zostało do niego pismo o wypowiedzeniu umowy, jednak nie spowodowało ono rozwiązania umowy przed upływem okresu, na który ona została zawarta. Złożone oświadczenie było pełne i nie zawierało błędów. Odwołujący nie musiał wykazywać podjęcia środków naprawczych z art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ nie zaktualizowała się w jego przypadku podstawa do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie przyjął, że Odwołujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt ustawy Pzp. W trwającej ponad 3 miesiące w okresie od marca do czerwca 2022 roku wymianie korespondencji dotyczącej okresu obowiązywania umowy nr 99/8-2/2022 Zamawiający ani razu nie wskazał, aby zgodnie z jego interpretacją umowa miała obowiązywać do dnia 13.08.2022 roku. Umowa nie przewidywała, aby dzień 13.08.2022 roku był ostatnim dniem jej obowiązywania, jedynym terminem końcowym obowiązywania umowy w niej przewidzianym był dzień zakończenia robót budowlanych przypadający na 31.05.2022 roku. 13.08.2022 roku pojawia się w umowie jako dzień przypadający na 30 dni od dnia spisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót budowlanych, a spisanie bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót budowlanych jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym i jako warunek nie może wyznaczać terminu końcowego obowiązywania umowy. Odwołujący wskazał, iż do tej pory nie doszło do spisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót budowlanych, wobec czego niemożliwym jest policzenie 30 dni przypadających po tym zdarzeniu, po których umowa miałaby zgodnie z obecną oceną Zamawiającego przestać obowiązywać. Nawet gdyby w dniu wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu spisano bezusterkowy protokół odbioru końcowego robót budowlanych, to 30 dni od tego dnia miałyby później niż w dniu 13.08.2022 roku. 13.08.2022 roku jako wyliczony w odniesieniu do spisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót budowlanych nie jest więc samodzielnym, przyszłym i pewnym terminem i jako taki nie mógł wyznaczać terminu końcowego obowiązywania umowy. Umowa wygasła z upływem dnia 31.05.2022 roku na skutek terminu, na który została zawarta, a nie na skutek złożonego przez Zamawiającego oświadczenia z dnia 15.06.2022 roku. W okresie obowiązywania umowy Zamawiający należycie wykonał nałożone na niego obowiązki umowne w zakresie sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi, a po dniu 31.05.2022 roku realizował obowiązki związane z rozliczeniem kontraktu. Dodatkowo deklarował gotowość do dalszego sprawowania nadzoru w przypadku ustalenia z Zamawiającym zasad dalszej współpracy. Do przedłużenia okresu obowiązywania umowy nie doszło jedynie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,

a nie Wykonawcy.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, nie można mówić ani o tym, by Odwołujący dopuścił się rażących naruszeń, czyli w znacznym stopniu nienależycie wykonał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ani tym bardziej, aby jego zachowanie doprowadziło do wypowiedzenia umowy przez Zamawiającego. Nie miała miejsce ani jedna ze wskazanych okoliczności, przy czym musiałyby mieć one miejsce obie łącznie, aby zaistniała przesłanka fakultatywnego wykluczenia Odwołującego z postępowania. Wobec tego Odwołujący nie był zobowiązany do udowodnienia spełnienia przesłanek wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp umożliwiających Zamawiającemu odstąpienie od wykluczenia Odwołującego od udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż wykluczeniu temu Odwołujący w ogóle nie podlegał. Tym samym, Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. W konsekwencji powyższego Zamawiający w sposób nieprawidłowy przeprowadził czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż miało to miejsce z pominięciem złożonej przez Odwołującego oferty, która była ofertą najkorzystniejszą, lecz niezgodnie z ustawą odrzuconą.

Zamawiający w dniu 19 sierpnia 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podtrzymał stanowisko zaprezentowane wykonawcy w zawiadomieniu o odrzuceniu jego oferty. Ponadto podniósł w szczególności, że dokonując wyłącznie literalnej interpretacji brzmienia § 2 umowy należy stwierdzić, że Odwołujący był związany umową, co najmniej do 13.08.2022 r. Odwołujący był świadomy również, że ryzyko ewentualnego przedłużenia umowy w związku z przedłużającą się budową jest ryzykiem wykonawcy, które należało w kalkulować w koszty realizacji zamówienia. Wypowiedzenie umowy nastąpiło w trybie natychmiastowym i w trakcie jej obowiązywania, tj. w dniu 15 czerwca 2022 roku, w wyniku naruszenia przez Wykonawcę obowiązków wynikających z zapisów umowy. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący błędnie przyjął termin zakończenia umowy, która była z nim zawarta do dnia 13 sierpnia 2022r., a opuszczając w dniu 31 maja 2022 roku plac budowy rażąco naruszył zapisy umowy i zaprzestał wykonywania podstawowego przedmiotu umowy, narażając Zamawiającego na wstrzymanie prac budowlanych na inwestycji budowlanej, albowiem zgodnie z decyzją nr 14/2020 o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej wydanej w dniu 3 listopada 2020 roku przez Wojewodę Zachodniopomorskiego Zamawiający był zobowiązany do powołania inspektora nadzoru inwestorskiego o specjalności: inżynierskiej: drogowej, mostowej, konstrukcyjno-budowlanej oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: kanalizacyjnych. Brak jego posiadania skutkowałby wstrzymaniem inwestycji. W konsekwencji ww. faktów, umowa nie została wykonana.

Zamawiający wskazał, iż spełnione zostały przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Odwołujący z dniem 31 maja 2022 roku zszedł z inwestycji dokonując odpowiednich wpisów w dziennikach budów, mimo że umowa na realizację przedmiotu umowy obowiązywała do 13 sierpnia 2022 roku. Wykonawca przyjął błędną wykładnię dotyczącą terminu związania umową. Ponad to, w trakcie trwania umowy dokonał jej rażącego naruszenia poprzez nieprzestrzeganie: § 9 ust. 10 pkt. 4 oraz ust. 19 umowy, §9 ust. 10 pkt 12 umowy oraz §9 ust. 5 umowy, Zamawiający w dniu 15 czerwca 2022 roku był zmuszony wypowiedzieć umowę w trybie natychmiastowym. Poprzez celowe i świadome działanie Wykonawcy, Zamawiający w dniu 31 maja 2022 roku pozostał na placu budowy bez inspektorów nadzoru. Zgodnie z decyzją nr 14/2020 o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej Zamawiający był zobowiązany do powołania inspektora nadzoru inwestorskiego o specjalności: inżynierskiej: drogowej, mostowej, konstrukcyjnobudowlanej oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: kanalizacyjnych. Brak jego posiadania skutkowałby wstrzymaniem inwestycji. Konsekwencją opuszczenia przez

Odwołującego placu budowy z dniem 31 maja 2022 roku było podjęcie natychmiastowych działań w zakresie powołania nowych inspektorów nadzoru celem realizacji inwestycji dofinansowanej ze środków zewnętrznych. Wpłynęło to również na zwiększenia kosztów realizacji zamówienia albowiem Zamawiający musiał udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki na okres od dnia 1 lipca 2022 r. do dnia 31 sierpnia 2022 r. za kwotę 41.820,00 zł., zaś obecnie w toku jest postępowanie o udzielenie zamówienia do czasu zakończenia robót budowlanych, gdzie najkorzystniejsza oferta zakłada wynagrodzenia w wysokości 110.331,00 zł. Podczas gdy łączne wynagrodzenie wykonawcy z tytułu realizacji umowy numer 09.04.2021 wynosiło 107.600 zł. Tak więc na skutek działań wykonawcy, Zamawiający musi ponieść dodatkowe koszty realizacji zamówienia w wysokości 44.551 zł. W związku z działaniem Odwołującego, Zamawiający był zmuszony to działania w trybie nadzwyczajnym i powołania w trybie natychmiastowym nowych inspektorów nadzoru, tak by zapewnić odpowiedni nadzór nad ich przebiegiem i wykonać w pełni obowiązki nałożone na podstawie decyzji administracyjnej. Opuszczenie placu budowy przez wykonawcę doprowadziło nie tylko Zamawiającego do poniesienia dodatkowych kosztów, ale także

naraziło na wysokie ryzyko wstrzymania inwestycji, co w konsekwencji mogło doprowadzić do utraty dofinansowania na jej realizację.

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

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

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, 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 Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, ofertę Odwołującego, oświadczenia i dokumenty złożone przez Odwołującego na wezwania Zamawiającego, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z następujących dokumentów złożonych przez

Odwołującego:

- umowy nr 98/8-2/2021 z dnia 09.04.2021 roku,
- umowy nr 99/8-2/2021 z dnia 09.04.2021 roku,
- pisma KD Inżynieria sp. z o.o. z dnia 23.03.2022 roku,
- wiadomości e-mail R. T. do KD Inżynieria sp. z o.o. z dnia 01.04.2022 roku godz. 09:39,
- pisma ZZDW z dnia 04.04.2022 roku,
- pisma KD Inżynieria sp. z o.o. z dnia 04.04.2022 roku,
- pisma ZZDW z dnia 06.04.2022 roku,
- pisma KD Inżynieria sp. z o.o. z dnia 18.04.2022 roku,
- aneksu nr 3 do umowy nr 98/8-2/2021 z dnia 09.04.2022 roku,
- pisma ZZDW z dnia 20.04.2022 roku wraz z Aneksiem nr 4 do umowy nr 98/8-2/2021 z dnia 09.04.2022 roku,
- pisma ZZDW z dnia 20.05.2022 roku,
- pisma ZZDW z dnia 26.05.2022 roku wraz z Aneksiem nr 1 do umowy nr 99/8-2/2022 z dnia 09.04.2021 roku,
- pisma KD Inżynieria sp. z o.o. z dnia 26.05.2022 roku,
- pisma ZZDW z dnia 03.06.2022 roku,
- pisma KD Inżynieria sp. z o.o. z dnia 09.06.2022 roku,
- pisma ZZDW z dnia 15.06.2022 roku,
- pisma KD Inżynieria sp. z o.o. z dnia 24.06.2022 roku,
- końcowego raportu odbioru usługi,
- raportu końcowego - czerwiec 2022 r.,
- pisma ZZDW z dnia 06.07.2022 roku,

- Specyfikacji Warunków Zamówienia na Zarządzanie Projektem pt. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę)” - dokończenie zadania,

na okoliczności wynikające z ich treści, wskazane przez Odwołującego w odwołaniu.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów wnioskowanych przez

Zamawiającego:

- oferty KD Inżyniera z dnia 5.02.2021 r. w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Zarządzanie Projektem pt.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę etap I),
- pisma KD Inżyniera z dnia 11 lutego 2022r. w przedmiocie wyjaśnień dotyczących ceny,
- umowy numer 99/8-2/2021 z dnia 9 kwietnia 2021 r.,
- decyzji ZRID nr 14/2020 0 zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej,
- wypisu z dziennika budowy nr 61/2021 wydanego w dniu 19.04.2021 r. obejmującego stronę tytułową; stronę 1; stronę 2; stronę 28,
- pisma Zachodniopomorskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Koszalinie z dnia 30 maja 2022r.
- pisma KD Inżyniera Sp. z o.o. z dnia 30 maja 2022 r.,
- wiadomości e-mail z dnia 14 kwietnia 2022 r. wysłanej przez Kierownika Projektu,
- korespondencji e-mail pomiędzy Kierownikiem Projektu (pracownikiem ZZDW w Koszalinie) a Inżynierem Projektu z dnia 20 maja 2022 r. i 23 maja 2022 r.,
- wypisu z dziennika budowy nr 61/2021 wydanego w dniu 04.05.2021r. (tom II-IV i VI),
- oświadczenia Zamawiającego z dnia 15.06.2022 r.,
- pisma Wykonawcy z dnia 24 czerwca 2022 r.,
- pisma Zamawiającego z dnia 6 lipca 2022 r.,
- noty księgowej z dnia 20.07.2022r. wraz z potwierdzeniem odbioru,
- umowy numer 162r/8-2/2022r. z dnia 1 lipca 2022r. zawartej pomiędzy Województwem Zachodniopomorskim a Ł. S. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą VIA Projekt Ł. S.. w przedmiocie zamówienia publicznego pn. „Zarządzanie Projektem pt.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę etap I),
- ogłoszenia o zamówieniu „Zarządzanie Projektem pt.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę etap I)” z dnia 12 lipca 2022 r.,
- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 sierpnia 2022 r. w ww. postępowaniu,

na okoliczności wynikające z ich treści, wskazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi zarządzania

projektem pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 152 na odcinku Świdwin - Połczyn Zdrój - etap I” w Dziale VII pkt 4C SWZ przewidział jako jedną z podstaw wykluczenia przesłankę fakultatywną z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W postępowaniu wpłynęło siedem ofert, w tym oferta Odwołującego, która miała najniższą cenę. Odwołujący złożył formularz JEDZ, w którym w Części III lit. C w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w

sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" zaznaczył pole „Nie”.

Zamawiający w dniu 21 czerwca 2022 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp „do złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia - załącznik nr 4 do SWZ.” W odpowiedzi Odwołujący ponownie złożył JEDZ, gdzie na pytanie w Części III lit. C dotyczące rozwiązania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaznaczył odpowiedź „Nie” i wskazał, iż „Podmiot zamawiający złożył oświadczenie z dnia 15.06.2022 r. o wypowiedzeniu umowy nr 99/8-2/2021 dnia 09.04.2021 r. dotyczącej Zarządzania Projektem pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnice etap I)”. Oświadczenie to nie zostało jednak złożone przed czasem, ale po upływie okresu obowiązywania umowy i jako takie było bezskuteczne. Złożone wypowiedzenie nie skutkowało rozwiązaniem umowy, która wygasła z upływem okresu, na który została zawarta. Dodatkowo nie było ku niemu podstaw i również z tej przyczyny zostało ono zakwestionowane przez wykonawcę. Podmiot zamawiający zapowiedział naliczenie kary umownej, jednak do dnia dzisiejszego to nie nastąpiło.” W rubryce „czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia” nie wpisano nic.

Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2022 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia i uzupełnienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, na formularzu JEDZ. Zamawiający wskazał, iż wykonawca na wezwanie złożył oświadczenie z treści którego wynika, iż w stosunku do niego nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania w sytuacjach określonych w Dziale VII pkt 4 ppkt C SWZ tj. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż złożone oświadczenie zawiera błędy, albowiem Zamawiający rozwiązał z wykonawcą umowę nr 99/8-2/2021 zawartą w dniu 09.04.2021r. dot. zarządzania projektem pt.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnice etap I).” Wypowiedzenie umowy nastąpiło w trybie natychmiastowym i w trakcie jej trwania, w wyniku naruszenia przez wykonawcę obowiązków wynikających z zapisów umowy tj. § 9 ust. 10 pkt 4 oraz ust. 19 umowy, § 9 ust. 10 pkt 12 umowy, § 9 ust. 5 umowy. Wobec powyższego zaistniała przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zamawiający wskazał także na treść art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, wzywając Odwołującego do poprawienia oświadczenia składanego na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy oraz jego uzupełnienia poprzez wykazanie spełnienia łącznie przesłanek wskazanych w art.

110 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający poinformował, iż na podstawie przedłożonych dokumentów dokona oceny, czy podjęte czynności są wystarczające do wykazania rzetelności oraz stanowią podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia z niniejszego postępowania.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący ponownie złożył JEDZ, gdzie na pytanie w Części III lit. C dotyczące rozwiązania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zaznaczył odpowiedź „Nie” i wskazał, iż „Podmiot zamawiający złożył oświadczenie z dnia 15.06.2022 r. o wypowiedzeniu umowy nr 99/8-2/2021 dnia 09.04.2021 r. dotyczącej Zarządzania Projektem pn. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnice etap I)”. Umowa została zawarta na czas oznaczony i obowiązywała do dnia 31.05.2022 r. Zamawiający nie rozwiązał umowy w trakcie jej trwania, ale wygasła ona na skutek upływu terminu, na który została zawarta - z dniem 31.05.2022 r. Wykonawca nie naruszył żadnego ze wskazanych przez podmiot zamawiający obowiązków wynikających z zapisów umowy, wobec czego nie było podstaw do złożenia przez podmiot zamawiający oświadczenia o wypowiedzeniu. Dodatkowo oświadczenie o wypowiedzeniu złożone 15 dni po wygaśnięciu umowy nie mogło wywołać skutku prawnego. Umowa nie została więc rozwiązana przed czasem. Na wykonawcę nie zostało nałożone odszkodowanie ani inne porównywalne sankcje.” W rubryce „czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia” zaznaczono odpowiedź „nie” i wpisano: „Wykonawca należycie wykonał obowiązki umowne określone umową nr 99/8-2/2021 z dnia 09.04.2021 r. w okresie, na który została ona zawarta. Nie można mówić o tym, aby z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał on lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z tej umowy. Umowa ta wygasła z dniem 31.05.2022 r. i nie została wypowiedziana przed upływem czasu, na który została zawarta. Wykonawca nie został obciążony odszkodowaniem, nie doszło do wykonania zastępczego ani realizacji przez podmiot zamawiający uprawnień z tytułu rękojmi. W odniesieniu do wykonawcy nie zachodzi więc przesłanka fakultatywnego wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Wobec tego wykonawca nie jest zobowiązany do wykazania spełnienia łącznie przesłanek z art. 110 ust 2 ustawy i wykazania swojej rzetelności, gdyż nie wystąpiły okoliczności uzasadniające jego wykluczenie tę rzetelność kwestionujące."

Zamawiający w dniu 27 lipca 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz od odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż „rozwiązał z Wykonawcą umowę nr 99/8-212021 zawartą w dniu 09.04.2021r. dot.

Zarządzania projektem pt: Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę etap I). Wypowiedzenie umowy nastąpiło w trybie natychmiastowym i w trakcie jej trwania w dniu 15 czerwca 2022 roku, w wyniku naruszenia przez Wykonawcę obowiązków wynikających z zapisów umowy Umowa zgodnie z § 2 ust. 2 obowiązywała do 13 sierpnia 2022 roku. W związku z rażącymi naruszeniami po stronie Wykonawcy, w tym m.in. opuszczeniem placu budowy w dniu 31 maja 2022 roku (Wykonawca dokonał odpowiedniego wpisu w dziennikach budowy), Zamawiający wezwał Wykonawcę do przedstawienia wyjaśnień (pismo z dnia 3 czerwca 2022 roku). Po przesłanych wyjaśnieniach i ustosunkowaniu się do zarzutów stawianych przez Zamawiającego, Zamawiający był zmuszony z dniem 15 czerwca 2022 roku zerwać w trybie natychmiastowym obowiązującą umowę. Wykonawca błędnie przyjął termin zakończenia umowy i opuszczając w dniu 31 maja 2022 roku plac budowy rażąco naruszył zapisy umowy i zaprzestał wykonywania podstawowego przedmiotu umowy, narażając Zamawiającego na wstrzymanie prac budowlanych na inwestycji. Zgodnie z decyzją nr 14/2020 o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej wydanej w dniu 3 listopada 2020 roku przez Wojewodę Zachodniopomorskiego (znak sprawy: AP-4.7820.208-6.2020JR „Inwestor na podstawie S 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 19 listopada 2001 roku w sprawie rodzajów obiektów budowlanych, przy realizacji których jest wymagane ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego (Dz. U. z 2001 r. nr 138, poz. 1554): Zamawiający był zobowiązany do powołania inspektora nadzoru inwestorskiego o specjalności: inżynierskiej: drogowej, mostowej, konstrukcyjno-budowlanej oraz instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: kanalizacyjnych. Brak jego posiadania skutkowałby wstrzymaniem inwestycji. W konsekwencji ww. faktów, umowa nie została wykonana. Zamawiający wezwał Wykonawcę w niniejszym postępowaniu do uzupełnienia/poprawienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia oraz udowodnienia, że Wykonawca podjął działania we wszystkich trzech wskazanych w art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy obszarach. Wykonawca nie poprawił/uzupełnił oświadczenia JEDZ w powyższym zakresie ani nie przedstawił dowodów na podjęcie środków naprawczych."

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, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 110 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 5) dotyczące nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej, nie potwierdziły się.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Art. 110 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje zaś, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu

postępowaniu, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Izba stwierdziła, iż argumentacja zawarta w odwołaniu oparta była przede wszystkim na przeświadczeniu Odwołującego, że wypowiedzenie przez Zamawiającego umowy nr 99/8-2/2021 z dnia 9 kwietnia 2021 r. (dalej jako „Umowa”) dokonane w dniu 15 czerwca 2022 r. było nieskuteczne z uwagi na fakt, że Umowa rozwiązała się na skutek upływu terminu, na który została zawarta. Zdaniem Odwołującego terminem zakończenia świadczenia usług był dzień 31 maja 2022 r., wobec czego wypowiedzenie Umowy po tym terminie nie mogło wyrzucić skutków prawnych.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego nie jest zasadne i stoi w sprzeczności z postanowieniami Umowy.

Przedmiotem Umowy było wykonanie usługi polegającej na zarządzaniu projektem pt. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę etap I). W § 2 ust. 2 Umowy wskazano: „Termin zakończenia nadzoru nad robotami budowlanymi - do 30 dni od dnia spisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót budowlanych, tj. 13.08.2022 r. lub od daty potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym robót budowlanych. Planowany termin zakończenia robót budowlanych ustalony jest na dzień 31.05.2022 r. Zgodnie z umową na roboty budowlane procedura odbioru trwa 44 dni.”

Z treści § 2 ust. 2 Umowy jednoznacznie wynika, że termin realizacji usług był nierozdzielnie związany z długością wykonywania robót budowlanych, co jest rzeczą charakterystyczną dla usług obejmujących nadzór nad robotami budowlanymi (w przedmiotowej sprawie nazwanych usługami zarządzania projektem). W omawianym przypadku termin zakończenia usług zarządzania projektem został jednoznacznie uzależniony od długości trwania robót budowlanych i określony jako do 30 dni od spisania bezusterkowego protokołu odbioru lub do 30 dni od daty potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym. Wskazana w § 2 ust. 2 Umowy data 31 maja 2022 r. była jedynie planowaną datą zakończenia robót budowlanych, a nie terminem końcowym obowiązywania umowy na usługi zarządzania projektem. Do tej daty można byłoby ewentualnie odnosić planowany termin zakończenia sprawowania bezpośredniego nadzoru nad robotami budowlanymi, ale nie termin obowiązywania Umowy, jednak byłby to i tak jedynie termin prognozowany. Umowa nakładała na wykonawcę obowiązek świadczenia usług przez cały okres realizacji robót budowlanych, do 30 dni od spisania bezusterkowego protokołu odbioru (lub od daty potwierdzenia usunięcia wad stwierdzonych przy odbiorze końcowym). Nawet gdyby roboty budowlane zakończyły się w planowanym terminie, a ich odbiór końcowy byłby bezusterkowy, to Umowa zawarta z Odwołującym formalnie obowiązywałaby do 13 sierpnia 2022 r., wedle wyliczeń przedstawionych w Umowie z uwzględnieniem czasu na odbiór robót, a nie - jak twierdzi Odwołujący - do 31 maja 2022 r. Sam Odwołujący podczas rozprawy wskazywał, że po opuszczeniu przez inżynierów terenu budowy wykonywał jeszcze inne czynności, co jest niespójne z twierdzeniem, że Umowa miałaby się rozwiązać już z dniem 31 maja 2022 r.

Okolicznością w ocenie Izby kluczową na kanwie przedmiotowej sprawy, a pominiętą w treści odwołania, było to, że Umowa - której projekt stanowił element dokumentów zamówienia i której treść Odwołujący zaakceptował składając ofertę - przewidywała szereg postanowień wskazujących na obciążenie wykonawcy ryzykiem związanym z obowiązkiem realizacji usług w sytuacji, gdy roboty budowlane przedłużą się ponad wskazany w Umowie planowany termin ich zakończenia (czyli będą realizowane po 31 maja 2022 r.), a w związku z tym wydłużył się termin zarządzania projektem.

W § 3 ust. 2 umowy wskazano: „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 umowy obejmuje wszystkie ryzyka związane z realizacją Projektu, w tym: 1) wystąpienie wszelkich dodatkowych robót budowlanych niezbędnych do realizacji zamówienia podstawowego; 2) wydłużenie czasu zarządzania Projektem, w szczególności ponad termin określony jako planowany termin odbioru robót budowlanych. (...) W przypadku wystąpienia ww. okoliczności Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie”.

W § 3 ust. 6 Umowy wskazano, iż „Poza wypadkami wyraźnie określonymi w umowie, uznaje się, że: 1) Zarządzający Projektem uwzględnił wszystkie dodatkowe elementy zamówienia nie określone szczegółowo, ale niezbędne do wykonania umowy; 2) wartość umowy określona w ust. 1 w całości obejmuje wszelkie ryzyko i nieprzewidziane okoliczności

przy wykonywaniu przedmiotu umowy, w tym ceny jakichkolwiek materiałów lub usług, a także wszelkie prace i wydatki dodatkowe bądź inne, określone w umowie lub nie, które są nieodzowne w celu wykonania i ukończenia przedmiotu umowy.”

W ust. 7 wskazano ponadto, iż „W celu uniknięcia wszelkich wątpliwości, Wykonawca potwierdza, że jest świadomy wysokiego stopnia złożoności, rozmiaru oraz wysokich wymogów przedmiotu umowy i że wartość umowy określona w ust. 1 obejmuje wszelkie dodatkowe koszty, które mogą być związane z wypełnieniem przez Zarządzającego Projektem warunków i wymogów wynikających z umowy.”

Na gruncie ww. postanowień umownych Odwołujący został obciążony ryzykiem wystąpienia wszelkich dodatkowych robót budowlanych niezbędnych do realizacji zamówienia podstawowego oraz ryzykiem wydłużenia czasu zarządzania Projektem, w szczególności ponad termin określony jako planowany termin odbioru robót budowlanych. Umowa wskazywała wprost, że w takim wypadku wykonawcy nie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie. Korespondowało to z § 15 ust. 1 i 2 Umowy. Zamawiający w § 15 ust. 1 Umowy określił katalog przypadków, w których może dojść do dokonania zmiany umowy, w tym w pkt 2) wskazał na możliwość zmiany Umowy w zakresie terminu w sytuacji zmiany terminu realizacji robót budowlanych. Jednocześnie w § 15 ust. 2 Umowy wskazano, iż „przypadki określone w ust. 1 pkt 1, 4, 5 mogą wpływać na zmianę wynagrodzenia Wykonawcy.” Wnioskując a contrario, zaistnienie sytuacji określonej w § 15 ust. 1 pkt 2 Umowy nie mogło skutkować zmianą wynagrodzenia Wykonawcy. Odwołujący wprost w § 3 ust. 7 Umowy potwierdził, że jest świadomy m.in. tego, że ustalone wynagrodzenie umowne obejmuje wszelkie dodatkowe koszty, które mogą być związane z wypełnieniem przez Zarządzającego Projektem warunków i wymogów wynikających z umowy.

Umowa jednoznacznie wskazywała, że wynagrodzenie za wykonywanie usługi, wskazane w ofercie stanowiącej załącznik do Umowy, obejmuje ryzyka związane z wydłużeniem czasu zarządzania projektem względem planowanego, w tym ryzyka związane ze zmianą terminu realizacji robót budowlanych i wystąpieniem konieczności wykonania robót dodatkowych. W świetle tak ukształtowanych postanowień umownych, których projekt stanowił jeden z dokumentów zamówienia w postępowaniu na usługi zarządzania projektem pt. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę etap I),” Odwołujący decydując się na złożenie oferty ww. postępowaniu miał dwie możliwości - albo zaskarżyć w drodze środków ochrony prawnej projektowane postanowienia umowy (choćby w zakresie braku określenia w Umowie przypadków, w których wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie dodatkowe, jak np. w sytuacji przedłużenia się terminu realizacji robót budowlanych ponad zaplanowany okres) albo dokonać odpowiedniej wyceny ryzyka związanego z potencjalnym przedłużeniem robót budowlanych i uwzględnić ten czynnik cenotwórczy w cenie oferty.

Zdaniem Izby Odwołujący, jako podmiot profesjonalny, składając ofertę w postępowaniu na usługi zarządzania projektem pt. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę etap I),” powinien był poddać szczegółowej analizie SWZ, w tym projektowane postanowienia umowne i zaskarżyć ich treść, jeżeli nakładane umową na wykonawcę ryzyka były nadmierne, a sposób ukształtowania kwestii wynagrodzenia należnego wykonawcy naruszał przepisy ustawy Pzp. Przedłużenie realizacji robót budowlanych nie jest zjawiskiem o charakterze nadzwyczajnym na rynku budowlanym, można wręcz rzec, że jest zjawiskiem częstym. Jedną z podstawowych kwestii, na jaką wykonawca usług zarządzania projektem (usług nadzoru nad robotami budowlanymi) powinien zwrócić uwagę składając ofertę, jest niewątpliwie sposób uregulowania wynagrodzenia wykonawcy w przypadku przedłużenia się robót budowlanych ponad zaplanowany okres. Jeżeli Odwołujący nie wniósł odwołania wobec treści dokumentów zamówienia i zaakceptował treść projektowanych postanowień umownych, to powinien był wycenić ryzyko związane z koniecznością realizacji usług nadzoru przez dłuższy niż zaplanowany okres. Tak jak w świetle § 2 ust. 3 Umowy termin rozpoczęcia realizacji usług, określony od dnia zawarcia Umowy, mógł się przesunąć z uwagi na termin zawarcia umowy z wykonawcą robót budowlanych, tak samo termin zakończenia realizacji usług mógł ulec zmianie w zależności od terminu zakończenia robót budowlanych, co wynika wprost z § 2 ust. 2 Umowy.

Z Umowy również wprost wynika, że ryzyko związane z tą sytuacją obciąża wykonawcę i w takim przypadku dodatkowe wynagrodzenie nie przysługuje. Odwołujący zawarł Umowę w takim kształcie, wobec czego jej treść była dla niego wiążąca. Była ona wiążąca również dla Zamawiającego, który na gruncie postanowień umownych nie był uprawniony do zapłaty Odwołującemu dodatkowego wynagrodzenia za realizację usług nadzoru nad przedłużającymi się ponad zaplanowany termin zakończenia robotami budowlanymi. Jakkolwiek Izba zdaje sobie sprawę z sytuacji, w jakiej znalazł się Odwołujący podczas realizacji Umowy, niemniej jest ona konsekwencją zaniechania odpowiedniego zabezpieczenia swoich interesów na etapie składania oferty w postępowaniu na usługi

zarządzania projektem pt. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę etap I).” Przy tak ukształtowanych postanowieniach umownych Odwołujący - jak pokazała rzeczywistość - nie zaskarżył projektowanych postanowień umowy na odpowiednim etapie, a następnie nie ocenił właściwie poziomu ryzyka, jakie niosła za sobą realizacja tej umowy z uwagi na uregulowanie kwestii wynagrodzenia związanego z koniecznością realizacji usług w przypadku przedłużenia robót budowlanych w sposób niekorzystny dla wykonawcy. Konsekwencje tych zaniedbań, jakkolwiek są one dotkliwe, Odwołujący ponosi obecnie.

Na gruncie postanowień Umowy Izba stwierdziła, iż Umowa zobowiązywała Odwołującego do świadczenia usług nadzoru w przypadku przedłużenia się okresu trwania robót budowlanych ponad planowany termin zakończenia, czyli po dniu 31 maja 2022 r. Treść Umowy nie budziła w ocenie Izby większych wątpliwości w tym zakresie. Zakończenie realizacji powierzonych zadań przez inspektorów poszczególnych branż w tym dniu stało zatem w sprzeczności z obowiązkiem, jakie na Odwołującego nakładała Umowa. Jednocześnie wypowiedzenie Umowy w trybie natychmiastowym dokonane przez Zamawiającego w dniu 15 czerwca 2022 r. miało miejsce w okresie obowiązywania Umowy, nie zaś po jej rozwiązaniu. Zasadniczą część odwołania stanowi nieuzasadniona polemikę z jednoznacznie ukształtowanymi postanowieniami Umowy na usługi zarządzania projektem pt. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę etap I)”, które nie były przez Odwołującego wcześniej podważane i które zaakceptował on w pełni. Za chybioną uznać należy w takim wypadku argumentację prezentowaną na rozprawie, iż konstrukcja Umowy została opracowana w sposób wadliwy, skoro Odwołujący nie zakwestionował jej postanowień w drodze środków ochrony prawnej przed złożeniem oferty. Izba miała też na uwadze, że w postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie wskazywał, aby określone postanowienia umowne co do sposobu uregulowania płatności wynagrodzenia czy określenia terminu realizacji zamówienia mogły zostać uznane za nieważne (por. art. 353¹ w zw. z art. 58 Kodeksu cywilnego), a jedynie prezentował ich odmienną niż literalna interpretację. Odwołujący nie podejmował też innych działań prawnych związanych z ochroną jego interesów (nie kwestionował wypowiedzenia

Umowy na drodze sądowej, nie wytoczył powództwa na podstawie art. 357¹ Kodeksu cywilnego).

Nie jest zdaniem Izby zasadne podnoszenie jako argument mający usprawiedliwiać działania Odwołującego okoliczności, że Zamawiający oczekiwał od Odwołującego sprawowania dalszego nadzoru bez zagwarantowania adekwatnego wynagrodzenia - takie oczekiwania były bowiem w świetle postanowień umownych uzasadnione. Stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 20 maja 2022 r. jasno informuje, iż na gruncie zawartej Umowy oraz obowiązujących przepisów ustawy Pzp nie ma możliwości prawnych, by zaakceptować wniosek Odwołującego o zapłatę dodatkowego wynagrodzenia za usługi świadczone po dniu 31 maja 2022 r. Zamawiający wskazał wówczas także, że ryzyko przedłużenia obowiązku świadczenia usług zostało w Umowie przeniesione na wykonawcę, wskazał także na uregulowania wynikające z ustawy Pzp. Trudno w takiej sytuacji przypisać Zamawiającemu złą wolę przy współpracy z Odwołującym, skoro w swoim działaniu kierował się on treścią wiążącej Strony Umowy. Nie zostało również potwierdzone stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający zapewniał wcześniej Odwołującego, że po zawarciu aneksu z generalnym wykonawcą robót zawrze aneks z Odwołującym - Zamawiający w pismach wskazywał jedynie, że w rozważy wniosek Odwołującego (vide pismo Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2022 r., gdzie wskazano, że z uwagi na znaczny zakres robót dodatkowych i wnioskowane przez generalnego wykonawcę wydłużenie terminu realizacji robót, Zamawiający „rozważy możliwość zmiany umowy z Inżynierem Projektu w zakresie jego wynagrodzenia.”). Również w piśmie z dnia 6 kwietnia 2022 r. wskazano, że ewentualna zmiana Umowy będzie rozpatrywana dopiero po podpisaniu aneksu z wykonawcą robót. Zamawiający w żadnym miejscu nie zapewniał Odwołującego, że dojdzie do zmiany Umowy w zakresie wynagrodzenia, lecz jedynie wskazywał, że rozpatrzy wniosek Odwołującego (bez sygnalizowania czy w sposób pozytywny, czy negatywny). Po dokonaniu analizy treści Umowy oraz obowiązujących regulacji prawnych, akceptacja tego wniosku ostatecznie okazała się w ocenie Zamawiającego niemożliwa, co wyjaśniono Odwołującemu szczegółowo w piśmie z dnia 20 maja 2022 r.

W ocenie Izby, wbrew wywodom Odwołującego, Zamawiający w żadnym z pism kierowanych do Odwołującego, nie potwierdził, że umowa obowiązuje do 31 maja 2022 r. Nie świadczy o tym także treść proponowanego Odwołującemu aneksu do Umowy, ponieważ Zamawiający w piśmie przewodnim jednoznacznie zaznaczył, że zgodnie z § 2 ust. 2 Umowy jej zakończenie następuje do 30 dni od dnia spisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego robót budowlanych. Jak wyjaśniono już we wcześniejszej części uzasadnienia, okres realizacji robót budowlanych wskazany w § 2 ust. 2 Umowy (a co za tym idzie okres sprawowania bezpośredniego nadzoru na terenie budowy przez inżynierów Odwołującego) był jedynie okresem prognozowanym, a Umowa wprost

uzależniała okres zakończenia usług zarządzania projektem od zakończenia robót budowlanych, jednocześnie obciążając Odwołującego ryzykiem związanym z przedłużeniem się realizacji robót budowlanych, a w konsekwencji także usług objętych Umową. W ocenie Izby nie sposób też uznać, aby odmienne uregulowanie postanowień umowy w obecnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na dokończenie usług zarządzania projektem miało samo w sobie przesądzać o nieprawidłowości prezentowanego dotychczas przez Zamawiającego stanowiska. To, że obecnie postanowienia umowne kształtowane są w sposób korzystniejszy dla wykonawców, nie zmienia faktu, że stanowisko Zamawiającego w korespondencji prowadzonej z Odwołującym było oparte na treści Umowy, którą to treść Odwołujący w całości zaakceptował i która wiązała obie Strony kontraktu.

Ponadto Izba za spóźnione uznała prezentowane przez Odwołującego podczas rozprawy stanowisko kwestionujące wskazane w piśmie Zamawiającego z dnia 15 czerwca 2022 r. podstawy wypowiedzenia Umowy. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący tego rodzaju okoliczności faktycznych nie objął zarzutami odwołania, ograniczając zawartą tam argumentację dotyczącą nieskuteczności wypowiedzenia Umowy do twierdzenia, że w chwili złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu Umowy przez Zamawiającego, Umowa ta już nie obowiązywała. W konsekwencji wyłącznie pod tym kątem Izba dokonała oceny skuteczności wypowiedzenia Umowy. Jak wskazuje się bowiem jednolicie w orzecznictwie Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania Zamawiającego, jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (por. m.in. wyrok z dnia 28 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1258/21).

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe, Izba stwierdziła, że argumentacja, w oparciu o którą wywodzono w odwołaniu brak zaistnienia podstawy wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie potwierdziła się, wobec czego nie podważono, aby wykluczenie wykonawcy z postępowania na ww. podstawie oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp było czynnością dokonaną z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Izba wobec tego za zasadne uznała stanowisko Zamawiającego, że w zakresie realizacji Umowy na usługi zarządzania projektem pt. „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 111 na odcinku Reclaw - Stepnica (przejście przez Stepnicę etap I)” doszło do częściowego niewykonania zamówienia z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, w jej istotnym zakresie - Odwołujący zaprzestał wykonywania podstawowego obowiązku umownego czyli sprawowania nadzoru nad robotami budowlanymi, co doprowadziło do wypowiedzenia umowy, a dodatkowo do konieczności zlecenia realizacji usług zarządzania projektem innemu podmiotowi.

Tym samym zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługiwały na uwzględnienie.

W konsekwencji za bezzasadne należałoby uznać także zarzuty naruszenia art. 126 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 1) oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 2), kwestionujące prawidłowość skierowanych do Odwołującego przez Zamawiającego wezwań do złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz do poprawienia i uzupełnienia tego oświadczenia, które oparto na tożsamych podstawach faktycznych jak zarzuty poddane ocenie powyżej. Niemniej zdaniem Izby są to zarzuty spóźnione, gdyż zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Skoro Odwołujący nie zgadzał się z faktem skierowania do niego ww. wezwań, to mógł wnieść odwołanie już w terminie 10 dni od otrzymania tych wezwań.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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:

