

WYROK

z dnia 5 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Renata Tubisz

Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniach 22 i 30 listopada 2023r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. **przez odwołującego:** BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Sp. z o.o. Sp. k. Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Wilanowska 2a, 80-809 Gdańsk

orzeka:

- 1.uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny ofert i ponowny wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego
- 2.kosztami postępowania obciąża **zamawiającego:** Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Wilanowska 2a, 80-809 Gdańsk

i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (sł.: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Sp. z o.o. Sp. k. Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa

2.2.zasądza od zamawiającego: Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Wilanowska 2a, 80-809 Gdańsk na rzecz odwołującego BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Sp. z o.o. Sp. k. Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem uiszczonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm. poz.1720) 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:.....

Uzasadnienie

odwołanie

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na: opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budynku wielorodzinnego oraz infrastruktury zewnętrznej i zagospodarowania terenu w Gdańsku-Ujeścisku wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego (04/ZP/TP/23).

Działając w imieniu BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k., na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy, wnoszę odwołanie:

- 1) od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym na: opracowanie dokumentacji projektowo- kosztorysowej budynku wielorodzinnego oraz infrastruktury zewnętrznej i zagospodarowania terenu w Gdańsku-Ujeścisku wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego (04/ZP/TP/23)

polegającej na: wyborze oferty Wykonawcy 4IDEA K. S., ul. Złota 15/U5, 25-015 Kielce, jako najkorzystniejszej, oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na skutek uznania, że wystąpiły przesłanki wykluczenia, jak też ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w oświadczeniu złożonym przez Odwołującego w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania,

- 2) na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie podstawowym na: opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budynku wielorodzinnego oraz infrastruktury zewnętrznej i zagospodarowania terenu w Gdańsku-Ujeścisku wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego (04/ZP/TP/23) polegającej na uwzględnieniu wyjaśnień Wykonawcy w zakresie informacji o sytuacjach spornych bez wyjaśnienia wątpliwości dot. „samooczyszczenia”, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Prawo

zamówień publicznych, tj.: art. 16, art. 17, art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 111 pkt 4, art. 139, art. 239.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20.09.2023 r. pod numerem 2023/BZP 00404172/01

Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego i przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert oraz wybór oferty Wykonawcy - BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej.

Wnoszę o zasądzenie na moją rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, gdyż odwołanie zostało wniesione w terminie 5 dni od 30.10.2023 r.

Zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, kopia nin. odwołania/odwołanie została/zostało przesłana/przesłane Zamawiającemu, na dowód czego składam potwierdzenie.

Naruszenie ww. przepisów, spowodowało uszczerbek w interesie Odwołującego, wyrażający się brakiem możliwości uzyskania zamówienia publicznego, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z zasadami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

uzasadnienie odwołania

Pismem z dnia 30.11.2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. 4IDEA KAROL SITARSKI, ul. Żłota 15/U5, 25-015 Kielce.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie można się zgodzić.

Odwołujący w oświadczeniu wskazał cztery przypadki odstąpienia od umowy przez jego kontrahentów (zamawiających):

- 1) umowa opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę „Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki”, Zamawiający: Wojskowa Akademia Techniczna,
- 2) umowa pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego w ramach realizacji inwestycji pn. „Nadbudowa budynku Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej”, Zamawiający: Wojewódzki Szpital Kliniczny w Lublinie,
- 3) umowa wykonania projektu koncepcji wielobranżowej, projektu budowlanego i projektu wykonawczego na budowę „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie”, Zamawiający: Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego,
- 4) umowa opracowania dokumentacji projektowo - kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSiR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1” - Etap I, Zamawiający: Ośrodek Sportu i Rekreacji w Dzielnicy Żoliborz.

Odwołujący złożył wyczerpujące wyjaśnienia, których z niezrozumiałych względów Zamawiający nie uznał ani nie wyjaśnił, jeżeli miał wątpliwości co do złożonych przez Odwołującego dokumentów. W podobnym stanie faktycznym i prawnym wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 sierpnia 2023 r., sygn. KIO 2346/23, który przesyłam w załączeniu. W wyroku tym m.in. podniesiono:

„(...) Z przytoczonych powyżej przepisów wynika, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do odstąpienia czy wypowiedzenia wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać m.in., że doszło do tego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonywał zamówienie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwale. Brak wystąpienia którejkolwiek przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powoduje, że wykluczenie wykonawcy jest niedopuszczalne.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w ogóle nie wykazał przesłanek zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (poza niekwestionowanym odstąpieniem), w tym przede wszystkim nie wykazał przesłanki, zgodnie z którą odstąpienie od umowy musi wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. (...) Tymczasem każdy zamawiający jest zobowiązany do wykazania ziszczenia się każdej przesłanki zawartej w przepisie dotyczącym wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty, zatem także w przypadku art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany był do wykazania ziszczenia się przesłanki przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

W dalszej części pisma z dnia 27.07.2023 r. na str. 6 Zamawiający odniósł się m.in. do umowy zawartej z SGGW i w tym fragmencie wskazał, co jego zdaniem świadczy o długotrwałym nienależytym wykonywaniu przez Odwołującego zobowiązań, a także odniósł się do kwestii samooczyszczenia. We fragmencie tym Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, dlaczego uznaje, że odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. W szczególności nie można uznać, że samo długotrwałe wg Zamawiającego niewykonywanie zobowiązań jest tożsame z przyczynami leżącymi po stronie Odwołującego, gdyż po pierwsze, są to dwie odrębne przesłanki w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zatem każdą z nich należy wykazać niezależnie od siebie, a po drugie, długotrwałe niewykonywanie zobowiązań może wynikać także z różnorodnych przyczyn leżących po stronie danego zamawiającego (np. brak współpracy, brak dostarczenia określonych materiałów lub informacji). Tym samym nie wystarczy napisać, że dany wykonawca długotrwałe nie wykonywał zobowiązań, żeby automatycznie dopuszczalne było uznanie, że do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po jego stronie. Tak też w niniejszej sprawie nie sposób automatycznie uznać długotrwałego wg Zamawiającego niewykonywania zobowiązań za leżące po stronie Odwołującego przyczyny odstąpienia od umowy. Również co do pozostałych zawartych w tym fragmencie zdań odnoszących się do samooczyszczenia, jasnym jest, że nie stanowią one wykazania przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Dodatkowo należy zauważyć, że Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do okoliczności i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w tej sprawie, w tym m.in. do tego, że Odwołujący jako pierwszy odstąpił od umowy z SGGW. (...)

Ponadto na tej samej str. 6 ww. pisma Zamawiający powołał się też na odstąpienie od umowy przez Wojskową Akademię Techniczną, ograniczając swoją argumentację tylko do faktu odstąpienia, co oczywiście nie stanowi wykazania, że doszło do niego z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Zamawiający ponownie także nie odniósł się do argumentacji i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w obu tych sprawach.

Z powyższych względów Izba stwierdziła, że Zamawiający w niniejszej sprawie nie wykazał zaistnienia przesłanki, zgodnie z którą odstąpienie od umowy musi wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tym samym wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp było bezzasadne. (...)"

Co warte również podkreślenia to fakt, iż Odwołujący otrzymał 100% wynagrodzenia za realizację umowy, a SGGW nie naliczyło jakichkolwiek kar umownych. Zatem brak jest podstaw faktycznych i prawnych, aby twierdzić, iż zawinienie było długotrwałe czy znaczące. Abstrahując również od faktu, iż Odwołujący odstąpił jako pierwszy od umowy z uwagi na brak współdziałania SGGW w realizacji umowy, Odwołujący wskazuje również na okoliczność, iż odstąpienie SGGW (choć nieskuteczne) pojawiło się dopiero na etapie sprawowania nadzoru autorskiego, zatem i ten fakt obala przesłankę długotrwałości.

- odnośnie Umowy z Wojskową Akademią Techniczną

W sprawie Zamawiającego Wojskowa Akademia Techniczna podnosi, że zamawiający złożył oświadczenie odstąpienia od umowy z uwagi na opóźnienie w realizacji prac. Opóźnienie to było wywołane okolicznościami całkowicie niezależnymi od Wykonawcy. Po pierwsze w trakcie prac projektowych pojawiły się znaczne opóźnienia w ramach toczących się postępowań administracyjnych (co ważne na chwilę odstąpienia, Wykonawca posiadał już decyzję w przedmiocie pozwolenia na budowę, wobec czego rezultat umowy został osiągnięty). W toku prac pojawiały się także liczne uchybienia ze strony Zamawiającego, które przejawiały się brakiem współdziałania. W szczególności Zamawiający wielokrotnie przez okresy kilkutygodniowe lub kilkumiesięczne zwlekał z udzielaniem Wykonawcy pełnomocnictw do reprezentacji Zamawiającego w toczących się postępowaniach administracyjnych, bez których niemożliwym było niezakłócone prowadzenie prac. Szczegółowe stanowisko dotyczące niezasadności dokonanego przez Zamawiającego odstąpienia od umowy wyrażono w załączonej Zamawiającemu - Gdańskiemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ekspertyzie.

W tej sprawie powództwo dotarło już do Zamawiającego wraz opinią biegłego. Odbyła się już pierwsza rozprawa, a Wojskowa Akademia Techniczna nie poinformowała o tym Gdańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. co stanowi o rzetelności przedstawianego stanu faktycznego przez WAT.

Co bardzo ważne w rozpatrywanej realizacji to Odwołujący realizował z WAT równolegle do Wydziału Cybernetyki drugą umowę na Mikropoligon dla innego wydziału. Napotkał tożsame zakłócenia, co w przypadku umowy z Wydziałem Cybernetyki. Wszystkie przesłanki opóźnienia zostały uznane przez WAT na projekcie dotyczącym Mikropoligonu, a takie same przesłanki na projekcie Cybernetyki już, nie co wskazuje, iż prawdziwym powodem odstąpienia od umowy przez WAT była konieczność zrealizowania znacznie większego obiektu Wydziału Cybernetyki niż zlecony Odwołującemu. WAT dokonał i zlecił 50% większy budynek w nowym postępowaniu.

- odnośnie Umowy z Wojskowym Szpitalem Klinicznym w Lublinie

Zamawiający Wojskowy Szpital Kliniczny w Lublinie złożył oświadczenie odstąpieniu od umowy z uwagi na rzekome nienależyte wykonywanie obowiązków umownych oraz opóźnienie w stosunku do terminów umownych. Złożone przez Zamawiającego oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy Wykonawcy w zakresie dotyczącym nienależytego wykonywania obowiązków było oczywiście niezasadne, gdyż Zamawiający przez cały okres realizacji umowy nie wskazał żadnych konkretnych okoliczności potwierdzających rzekome nienależyte wykonywanie umowy. Takie konkretne okoliczności nie zostały również wskazane w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy. O tym, że umowa była wykonywana należyte świadczy natomiast fakt, że w krótkim okresie przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy Zamawiający odebrał zrealizowany przez Wykonawcę etap prac bez uwag, nie naliczając żadnych kar umownych oraz wypłacił Wykonawcy pełne wynagrodzenie za ten etap. Jeżeli więc umowa byłaby realizowana nienależycie, oczywistym byłoby, że etap realizacji usług nie zostałby odebrany bez uwag, Zamawiający naliczyłby Wykonawcy kary umowne i nie wypłaciłby Wykonawcy pełnego wynagrodzenia umownego. Wykonawca świadczył swoje usługi w sposób należyty o czym świadczy chociażby szereg uwag zgłoszonych do dokumentacji projektowej, które okazały się być zasadne i zostały uwzględnione przez projektanta. Wzrost kosztów inwestycji nie był spowodowany winą Wykonawcy jako inwestora zastępczego, lecz wynikał z faktu, że Zamawiający nie przewidywał na etapie planowania inwestycji (co miało miejsce przed zawarciem Umowy z Wykonawcą) konieczności wzmocnienia elementów konstrukcyjnych budynku. Gdyby tego typu wzmocnienie nie zostało zastosowane, obiekt po jego nadbudowie groziłby katastrofą budowlaną, gdyż dotychczas istniejące elementy konstrukcyjne nie utrzymałyby ciężaru nowej kondygnacji. W zakresie rzekomych opóźnień w realizacji umowy wskazać należy, że umowa była umową o świadczenie usług, a nie umową o dzieło. Tym samym terminy poszczególnych etapów miały charakter orientacyjny i były uzależnione od tempa prac innych uczestników procesu inwestycyjnego. W toku realizacji umowy, wpływ na terminy realizacji inwestycji miały prace projektowe. Projektant był natomiast podmiotem niezależnym od Wykonawcy, wybranym przez Zamawiającego w ramach innego postępowania przetargowego. Czynności podejmowane przez Wykonawcę były więc uzależnione od tempa prac projektanta. Wykonawca, gdy tylko to było możliwe wykonywał swoje obowiązki niezwłocznie. Ponadto, należy zwrócić uwagę, że terminy umowne dla poszczególnych etapów zostały wskazane w umowie przez Zamawiającego jako daty dzienne i ich zachowanie nie było częściowo możliwe z uwagi na fakt, że terminy te przypadają na okres przed zawarciem umowy. Spowodowane to było tym, że przedłużało się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a Zamawiający nie dokonał aktualizacji projektu umowy w tym zakresie. Nie można więc winić Wykonawcy za to, że terminy części etapów upłynęły jeszcze przed dniem zawarcia umowy.

- odnośnie Umowy ze Szkołą Główną Gospodarstwa Wiejskiego

Odwolujący przedstawił Zamawiającemu szeroki katalog dowodów i oświadczeń, które pokazują okoliczności składania oświadczeń o odstąpieniu przez zamawiających. Z dowodów tych jasno wynika, że odstąpienia były dokonywane w sytuacji istnienia sporu pomiędzy stronami kontraktu, a przypadku wypowiedzenia SGGW, na które powołuje się Zamawiający w odrzuceniu oferty, czynność tego zamawiającego była następcza względem oświadczenia o odstąpieniu, które złożył Odwołujący, a które wynikało z okoliczności obiektywnych. Odwołujący odstąpił od umowy z SGGW.

Ponadto Zamawiający - SGGW nie naliczył Wykonawcy - BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie kar umownych. Z tytułu wykonania umowy SGGW zapłaciło pełne wynagrodzenie. BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie rozwiązał umowę wcześniej niż Zamawiający. SGGW wypowiedziało umowę jako drugie - decyduje data otrzymania oświadczenia i możliwości zapoznania się z pismem, a nie data wskazana na piśmie. Nie jest więc prawdą, że SGGW odstąpiło od umowy i było ono skuteczne, gdyż wystąpiło wypowiedzenie umowy. W takim przypadku Odwołujący nie musi się odnosić do przedstawionych w wypowiedzeniu SGGW argumentów. Dodatkowo należy podnieść, że nadzór autorski był realizowany za zero złotych, a więc nie wystąpiła po stronie SGGW jakakolwiek szkoda.

Nie jest prawdą, że Odwołujący nie udzielił odpowiedzi na 125 pytań, gdyż załącznik do informacji o prawach spornych o numerze 26 właśnie potwierdza udzielenie odpowiedzi, co obala przeciwne twierdzenia SGGW. Zamawiający Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. nie odniósł się do tej okoliczności.

Ponadto z SGGW toczy się spór przed sądem administracyjnym, gdyż SGGW ukrywa swoje stanowisko faktyczne w zakresie odstąpienia od umowy z Wykonawcą robót budowlanych SKANSKA na tym samym zadaniu inwestycyjnym. W tym stanowisku znajduje się potwierdzenie, że Odwołujący nie ponosi winy i nie chce wydać tego dokumentu na podstawie dostępu do informacji publicznej.

Co więcej w przedmiotowej sprawie Odwołujący wystąpił z pozwem przeciw SGGW o ustalenie bezpodstawności odstąpienia przez SGGW od umowy. Ponadto Odwołujący wystąpił z powództwem przeciw SGGW do sądu

administracyjnego, z uwagi na fakt, iż SGGW notorycznie przez ponad rok czasu odmawiało udostępnienia w ramach informacji publicznej pisma skierowanego do Skanska stanowiącego odstąpienie od umowy przez SGGW. W piśmie tym zgodnie z informacjami ustnymi uzyskanymi od przedstawiciela SGGW znajdują się stwierdzenia, iż Odwołujący nie ponosi winy za odstąpienie od umowy SGGW ze Skanska, zatem nie było też podstaw do odstąpienia od umowy przez SGGW z Odwołującym.

- odnośnie Umowy z OSiR Żoliborz

Podobna sytuacja ma miejsce w stosunku do Zamawiającego - Ośrodek Sportu i Rekreacji w Dzielnicy Żoliborz. W toku prac projektowych wystąpiła konieczność wykonania szeregu prac dodatkowych wynikających z bieżących oczekiwań Zamawiającego oraz błędów koncepcji stanowiącej załącznik do SWZ, polegających na niezgodności zamierzenia budowlanego z miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego. Powyższe spowodowało wydłużenie w czasie realizacji umowy. Zamawiający co do zasady zgadzał się z Wykonawcą, iż wystąpiła konieczność wystąpienia robót dodatkowych, które miały wpływ m. in. na terminy umowne, niemniej jednak odraczał w czasie moment zawarcia aneksu z uwagi na wartość tych robót dodatkowych. W trakcie negocjacji dotyczących aneksu, Zamawiający zmienił swoje stanowisko wskazując, że Wykonawca nie wykazał zasadności zawarcia aneksu do umowy. Ponadto, Zamawiający, mimo że polecał Wykonawcy prowadzenie prac odbiegających od OPZ, w trakcie procedury odbiorowej zgłaszał uwagi dotyczące niezgodności prac projektowych z OPZ. Ostatecznie, Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z rzekomej winy Wykonawcy, niemniej jednak oświadczenie to było nieskuteczne. Przedmiotowe oświadczenie zostało bowiem złożone po upływie określonego w umowie 14 dniowego terminu na złożenie takiego oświadczenia liczonego od upływu terminu realizacji umowy. Niezależnie od powyższego, odstąpienie było nieskuteczne również z uwagi na fakt, że zachowanie terminu umownego nie było możliwe z uwagi na konieczność wykonania szeregu prac dodatkowych i zamiennych. Ponadto, na dzień złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, dokumentacja projektowa była już wykonana w całości i Wykonawca oczekiwał na wydanie pozwolenia na budowę. Zamawiający przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy odwołał pełnomocnictwa dla Wykonawcy, czym uniemożliwił Wykonawcy udział w postępowaniu o wydanie decyzji w przedmiocie pozwolenia na budowę. Zamawiający po złożonym odstąpieniu od umowy kilkakrotnie odmówił przyjęcia dokumentacji projektowej mimo, że Wykonawca podejmował próby jej wydania w siedzibie Zamawiającego. Z uwagi na powyższe, Wykonawca zakwestionował skuteczność i zasadność odstąpienia od umowy. Czynność tego zamawiającego była następcza względem oświadczenia o odstąpieniu, które złożył Odwołujący, a które wynikało z okoliczności obiektywnych.

Ponadto w przeszłości zdarzały się sytuacje, że zamawiający np. Państwowemu Zespołowi Pieśni i Tańca „Mazowsze” im. T. Sygietyńskiego w Otrębusach, Skarb Państwa - Dyrektor Okręgowego Służby Więziennej w Rzeszowie naliczył nam kary czy odstąpił od umowy, a w wyniku postępowania sądowego zapadły prawomocne wyroki sądowe, że naliczenie kar było niezasadne, jak też odstąpienie od umowy było niezasadne, co wskazuje jaki jest kierunek orzekania i jak się mogą zakończyć te sprawy sporne, o których Odwołujący poinformował Zamawiającego. Powyższe wskazuje, że Wykonawca działa zgodnie z obowiązującymi przepisami i wykazuje rację w sporach, a zamawiający działają bezprawnie.

Obowiązkiem ustawowym Zamawiającego w procesie udzielenia zamówienia publicznego jest dążenie z należytą starannością do ustalenia czy wystąpiły przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w ramach posiadanych możliwości prawnych i narzędzi jakie mu przyznał ustawodawca. Jednocześnie Zamawiający zobowiązany jest wszelkie wątpliwości w zakresie stwierzonego stanu faktycznego, których nie może rozwiązać z wykorzystaniem dostępnych mu narzędzi, rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Wynika to również z faktu, że wystąpienie przesłanek do negatywnej oceny oferty Odwołującego przez Zamawiającego musi zostać udowodnione. Brak konkretnych, jednoznacznych podstaw do przyjęcia negatywnej oceny oferty Odwołującego nie może zostać zastąpiony domniemaniami, czy też założeniem, że oświadczenia podmiotu publicznego zasługują na szczególne uznanie. Kluczowe znaczenie dla prawidłowej interpretacji omawianych norm ma okoliczność, iż art. 109 ust. 1 pkt 7) ma charakter stricte sankcyjny. Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w tym przepisie wiąże się dla wykonawcy z bardzo dotkliwą karą, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres trzech lat (z zastrzeżeniem uprawnienia wykonawcy do skorzystania z instytucji samooczyszczenia). Sankcyjny charakter omawianej regulacji nakazuje ścisłą jej interpretację, w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Jakiegokolwiek wątpliwości należy w związku z tym rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

Na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych 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 wad. W tym przypadku nie jest spełniona przesłanka długotrwałości. Rozwiązanie umowy nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Nadzór autorski nie był istotnym zobowiązaniem wynikającym z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Umowę rozwiązał wcześniej od Zamawiającego Wykonawca. Zamawiający - Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. nie odniósł się do tych przesłanek. W tych okolicznościach nie zostały spełnione przesłanki wskazane art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, a pozostałe przesłanki odrzucenia nie znajdują zastosowania. Wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający powinien wszechstronnie zbadać przedstawione mu przez Wykonawcę okoliczności, ustalić, że po pierwsze doszło do rozwiązania umowy. Następnie konieczne jest wykazanie, że powody rozwiązania umowy miały miejsce z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, czyli jego działań lub zaniechań w ramach ocenianego zobowiązania umownego. Działania lub zaniechania Wykonawcy doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu zobowiązania albo jego długotrwałego nienależytego wykonania, a elementy te były dla zobowiązania wynikającego z umowy istotne. Takie działania ze strony Zamawiającego w tej sprawie nie zostały przeprowadzone.

Zamawiający Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. wziął pod uwagę jedynie stanowisko zamawiających publicznych. Zupełnie nie przeanalizował pozwów, opinii biegłego itd. Nie wykazał też, że w każdym z przypadków wystąpiły łącznie następujące elementy:

-że w znaczącym stopniu lub zakresie,

-Odwołujący nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał umowę,

- że była to istotna część zobowiązania wynikająca z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższe oznacza, że Zamawiający Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. oparł się na jednostronnej ocenie dowodów (brak wszechstronnego zbadania przedstawionych przez Wykonawcę okoliczności). Z przepisu nie wynika, że Zamawiający może oceniać fakty przedstawione tylko z jednej strony sporu, tak jak to zrobił w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący realizował każde z powyższych zamówień w sposób prawidłowy, zgodnie z postanowieniami zawartych umów i tym samym nie dopuścił się nienależytego wykonania którejkolwiek z tych umów, jak też rażącego niedbalstwa w ramach tych realizacji, jak też nie ponosi winy.

Przede wszystkim Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie bierze jednak pod uwagę faktu najistotniejszego dla oceny sytuacji, a mianowicie że powody niewykonania umowy nie leżały po stronie Odwołującego. We wszystkich postępowaniach Odwołujący jest w sporze z zamawiającymi.

Powyższe oznacza, że Zamawiający bez żadnej refleksji nad zaistniałymi okolicznościami, niejako automatycznie uznaje, że wystarczającym uzasadnieniem dla wykluczenia Odwołującego jest fakt, że w oświadczeniach o odstąpieniu lub rozwiązaniu umowy, składający oświadczenie zamawiający oświadczył, iż podyktowane jest to zawinionym działaniem Odwołującego.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależycie wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy (KIO 481/23).

Przyjęcie, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) wystarczające jest przedstawienie faktu odstąpienia od umowy przez zamawiającego publicznego, które korzysta z domniemania prawdziwości/prawidłowości oświadczenia o podstawie tego oświadczenia, byłoby nadużyciem. Sytuacja taka dawałaby zamawiającym mechanizm wywierania presji na wszystkich wykonawcach, którzy są stroną umowy, a którzy z przyczyn nieleżących po ich stronie nie mogą lub nie chcą realizować jej postanowień. Powinno to być traktowane wprost jako nadużywanie prawa przysługującego określonej podmiotowi.

Orzecznictwo KIO mające zastosowanie w tym zakresie: KIO 719/23, Wymóg łącznego wystąpienia przesłanek wykluczenia wykonawcy określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Treść zawiadomienia wykonawcy o odrzuceniu jego

oferty - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, LEX nr 3529833 - wyrok z dnia 31 marca 2023 r.

Analiza art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. prowadzi do wniosku, że wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej jest dopuszczalne w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie.

KIO 481/23, Stwierdzenie wystąpienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 p.z.p. - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, LEX nr 3508365 - wyrok z dnia 8 marca 2023 r.

Zamawiający dla ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. musi wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależyte wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy.

Dokonując oceny stopnia niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania należy ustalić czy stopień ten jest wystarczająco "znaczny", należy wziąć pod uwagę zarówno kryteria jakościowe, w tym przypadku zakres niewykonanych prac, w odniesieniu do wymaganej staranności lub stopnia wadliwości dostarczonego produktu, świadczonej usługi lub wykonanego obiektu budowlanego, jak i ilościowe, biorąc pod uwagę zakres niewykonanych lub nienależyte wykonanych świadczeń oraz rozmiar wynikłych stąd szkód.

Powyższe oznacza, że w trakcie prowadzonego postępowania wystąpiły nieprawidłowości skutkujące naruszeniem postanowień SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, jak też obowiązujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), a w szczególności art. 16, art. 17, art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 111 pkt 4, art. 139, art. 239.

Na marginesie należy zauważyć, że omyłkowo zostało wypełnione oświadczenie przez pracownika Odwołującego w tym postępowaniu, gdyż nie było JEDZ w zakresie wskazanym w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, co mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd. Jeżeli Zamawiający powziął jakiegokolwiek wątpliwości lub miał wątpliwości w zakresie złożonych oświadczeń (Odwołujący omyłkowo zaznaczył, że się samooczyszcza, a w treści dokumentu informacja o sytuacjach spornych jest wprost napisane, iż nie jest to samooczyszczenie), to mógł, a nawet miał obowiązek zażądać od Odwołującego wyjaśnień. Początkowo wyjaśnienia Odwołującego nie budziły wątpliwości Zamawiającego, który wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w dniu 13.10.2023 r., a następnie unieważnił czynność pismem z dnia 30.10.2023 r., gdy Odwołujący złożył wymagane dokumenty.

Powyższe oznacza, że Odwołujący jest zdolny do wykonania zamówienia, daje rękojmię rzetelnego wykonywania udzielanego zamówienia.

Ponadto Zamawiający Gdańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. nie odtajnił informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartą w informacji o sprawach spornych do czego był obowiązany. Na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie czynności zostały podjęte przez Odwołującego, a Zamawiający nie dochował tajemnicy.

W tej sytuacji Zamawiający powinien unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonać ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień interes Wykonawcy doznał uszczerbku, gdyż złożył on ofertę, spełniającą wszelkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ, a nie uzyskał zamówienia.

Z tych też powodów Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:1)„Odpis KRS sp. z o.o.",2)„Odpis KRS sp. k.",3) „Dowód uiszczenia wpisu od odwołania",4)„Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu",5)„Wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2023 r., sygn. KIO 2346/23".

Odpowiedź na odwołanie 20 listopada 2023 r. Sygn. akt KIO 3328/23

dotyczy: o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budynku wielorodzinnego oraz infrastruktury zewnętrznej i zagospodarowania terenu w Gdańsku - Ujeścisku wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego (04/ZP/TP/23)

1. Działając w imieniu Zamawiającego - Gdańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. na mocy udzielonego pełnomocnictwa, którego odpis składam w załączeniu, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych - dalej: p.z.p., składam odpowiedź na odwołanie wniesione przez odwołującego w dniu 6 listopada 2023 r.

2. Zamawiający wnosi o:

a) oddalenie odwołania w całości,

b) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

3. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący, w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zaznaczył wyraźnie, iż podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Wskazano przy tym na cztery przypadki odstąpienia od umów z Odwołującym: przez Wojskową Akademię Techniczną, Wojskowy Szpital Kliniczny w Lublinie, Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego oraz Ośrodek Sportu i Rekreacji w Dzielnicy Żoliborz. Odwołujący przedłożył jednocześnie informację o podjętej procedurze naprawczej.

4. Z drugiej strony jednak, w treści pisma dotyczącego wszczętej procedury naprawczej Odwołujący, w odniesieniu do wskazanych przez siebie podstaw wykluczenia wskazał, że owe przypadki wykluczenia były „oczywiście bezzasadne”, a „BCC nie dopuściło się nienależytego wykonania którejkolwiek z tych umów, jak też rażącego niedbalstwa w ramach tych realizacji.”

5. Co więcej, całe odwołanie w istocie jest poświęcone polemice z ustaleniami Zamawiającego w zakresie oceny należytego bądź nienależytego wykonania wskazanych na wstępie umów, które skwitowane jest m.in. stwierdzeniem, że „Wykonawca działa zgodnie z obowiązującymi przepisami i wykazuje rację w sporach, a zamawiający działają bezprawnie.”

6. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący winien jednoznacznie podjąć decyzję, czy zgadza się z tym, że zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia i konsekwentnie podejmuje się samooczyszczenia, czy też kwestionuje występowanie wobec niego przesłanki wykluczenia i w związku z tym nie dokonuje samooczyszczenia.

7. W niniejszej sprawie Odwołujący wprost bowiem oświadczył, iż zachodzą względem niego przesłanki do wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, wskazane w art. 109 ust. 7 Pzp, co warunkuje konieczność weryfikacji przez Zamawiającego, czy skutecznie wykonano czynność samooczyszczenia.

8. Zamawiający stoi na stanowisku, iż ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyklucza możliwość przeprowadzenia samooczyszczenia „z ostrożności” bądź „na wszelki wypadek”. Jak bowiem wskazano np. w wyroku KIO z dnia 15 czerwca 2018 r., KIO 991/18, KIO 997/18, KIO 1000/18, KIO 1007/18, KIO 1016/18: „zastosowanie tej instytucji jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 24 ust. 8 Pzp (któremu obecnie odpowiada art. 110 ust. 2 Pzp) istnieje możliwość tzw. samooczyszczenia. Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści przepisu art. 24 ust. 8 Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako "z ostrożności" przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia.”

9. Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła również w wyroku z dnia 16 czerwca 2021 r., KIO 1008/21: „ (...) instytucja samooczyszczenia dla swej skuteczności wymaga uznania przez wykonawcę faktu, iż po jego stronie leżą przyczyny, z powodu których nastąpiło niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w istotnej części. Ustalenie, czy takie uznanie miało miejsce, winno być dokonywane na podstawie analizy złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy. Jeżeli z treści wyjaśnień wynika, iż wykonawca potwierdza wystąpienie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 p.z.p. (któremu obecnie odpowiada art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp), powinno to zostać ocenione jako spełnienie warunku skutecznego samooczyszczenia. Jednocześnie, za brak takiego potwierdzenia winny być uznane takie fakty, jak m.in. zaprzeczanie wystąpieniu okoliczności leżących po stronie wykonawcy czy obciążanie odpowiedzialnością inny podmiot’.

10. Nieskuteczne przeprowadzenie procedury samooczyszczenia warunkuje wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budynku wielorodzinnego

oraz infrastruktury zewnętrznej i zagospodarowania terenu w Gdańsku- Ujeścisku wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego (04/ZP/TP/23).

11. Notabene, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r., KIO 375/22: „Procedura samooczyszczenia nie może mieć charakteru pozornego. W sposób rzetelny i kompletny powinna wyczerpywać wymogi ujęte przez ustawodawcę w art. 110 ust. 2 p.z.p. Tylko w ten bowiem sposób możliwe jest zadośćuczynienie celowi, jaki, zdaniem zarówno unijnego, jak i polskiego ustawodawcy, przyświeca tej procedurze, a jakim jest zapewnienie uniknięcia analogicznych sytuacji w przyszłości.”

12. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący powinien wykazać, że podjął środki odpowiednie do zapobieżenia występowaniu zdarzeń niepożądanych w przyszłości. Środki te mają być przede wszystkim konkretne, zatem takie, które mają przełożenie na rzeczywistą sytuację Odwołującego. Wyjaśnienia Odwołującego wskazujące na działania ukierunkowane na wyeliminowanie nieprawidłowości nie spełniają tych kryteriów. W szczególności w przyjętych szkoleniach czy audytach Odwołujący nie dokonał krytycznej analizy licznych i szczegółowych zarzutów zamawiających, dotyczących jakości wykonywanej na ich rzecz dokumentacji projektowej.

13. Niezależnie od powyższego Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego wyrażonego w odwołaniu, jakoby nie doszło do nienależytego wykonania przez niego czterech umów, skutkujących odstąpieniem przez zamawiających, tj. umowy opracowania dokumentacji projektowo - kosztorysowej na budowę „Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki” dla Wojskowej Akademii Technicznej, umowy pełnienia funkcji inwestora zastępczego w ramach realizacji inwestycji pn. „Nadbudowa budynku Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej” dla Wojskowego Szpitala Klinicznego w Lublinie, umowy wykonania projektu koncepcji wielobranżowej, projektu budowlanego i projektu wykonawczego na budowę „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” nr 1 dla Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego oraz umowy opracowania dok. projektowo-kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSiR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie w ramach zad. Inwestycyjnego pn. „Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1”- Etap I. dla Ośrodka Sportu i Rekreacji w Dzielnicy Żoliborz.

14. Odwołujący, w treści odwołania uchylił się od rzeczowego i konkretnego odniesienia się do zarzutów, które legły u podstaw odstąpienia od tych umów przez zamawiających.

15. Zamawiający podtrzymuje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazując, iż zaistniały ku temu podstawy, w związku z zaistnieniem podstaw do wykluczenia Odwołującego wobec niewykonania bądź nienależytego wykonania czterech umów.

16. Pierwszy zarzut dotyczy niewykonania w umówionym terminie umowy z dnia 04.11.2019 zawartej z Wojskową Akademią Techniczną na „opracowanie dokumentacji projektowo- kosztorysowej na budowę Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki”. W odniesieniu do tego zarzutu wskazano w szczególności na niedochowanie przez Odwołującego elementarnych obowiązków projektanta w zakresie kompletności wykonanej dokumentacji w postaci między innymi:

- nieuwzględnienia w projekcie zaleceń projektowania sieci strukturalnych dla potrzeb systemów WAT pomimo jednoznacznie określonego obowiązku w umowie;
- wykonania dokumentacji niezgodnie z normą odgromową PN-EN-62305 co do ilości przewodów odprowadzających (niewłaściwy poziom ochrony przed porażeniem);
- wykonania dokumentacji niezgodnie z normą PN-EN 60364-7-70 (lokalizacja włączników i gniazdek w strefie zagrożenia)
- wykonania dokumentacji niezgodnie z normą PN-EN 62305 (rezystywność gruntu w aspekcie ochrony przed porażeniem)
- niewłaściwego doboru szyny rozdzielczej w aspekcie oczekiwanego prądu zwarciovego
- błędnego policzenia bilansów mocy elektrycznej;
- braku w projekcie zabezpieczenia przeciwporażeniowego obwodu oświetlenia;
- nieprawidłowym zaprojektowaniu wyłącznika różnicowoprądowego (zwiększone ryzyko porażenia prądem)
- braku zabezpieczenia przeciwprzebiegowego;
- braku uzgodnienia projektu wykonawczego przez specjalistę ppoż;

- braku oświadczeń projektanta potwierdzających określone cechy projektu wykonawczego wymaganych w umowie;
- braku potwierdzenia, że projektanci projektu wykonawczego posiadają wymagane uprawnienia do projektowania;
- wykonaniu projektu instalacji fotowoltaicznej niezgodnie z normą PN-EN 62305;
- przygotowania instrukcji przeciwpożarowej nieuwzględniającej indywidualnego charakteru prac zaprojektowanych dla WAT;

17. Kolejny zarzut wobec Odwołującego wiązał się z nieprawidłowym wykonaniem umowy DI/7/2019 z dnia 21.11.2019 r. na wykonanie projektu koncepcji wielobranżowej i dokumentacji przetargowej na budowę „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie nr 1” zawartej z Główną Szkołą Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie.

18. W uzasadnieniu stanowiska Zamawiającego wskazano, że niewykonanie umowy było spowodowane biernością wykonawcy w zakresie konieczności udzielenia odpowiedzi w odniesieniu do wątpliwości dotyczących wykonanej dokumentacji projektowej. Zamawiający bierność tą traktuje jako okoliczności leżące po stronie wykonawcy (zachowanie wykonawcy było wprost sprzeczne z treścią § 1 ust. 4 umowy z SGGW zobowiązującego wykonawcę do udzielania konsultacji jako autor dokumentacji projektowej w szczególności do udzielania odpowiedzi na wszystkie pytania dotyczące dokumentacji i związane ze sposobem realizowania prac). W przypadku wykonywania usługi nadzoru autorskiego występuje zwiększony poziom wymagań dotyczących prawidłowości wykonania tego rodzaju usługi wynikający z wagi jaka jest jej przypisana przez ustawodawcę w przepisach Prawa budowlanego (względny bezpieczeństwa powszechnego). Niedochowanie elementarnych obowiązków projektanta w zakresie wykonywania usługi nadzoru autorskiego w postaci braku reakcji na 125 pytań wykonawcy robót dotyczących wątpliwości dotyczących wykonanej dokumentacji projektowej w ocenie zamawiającego wypełnia przesłanki niedbalstwa w procesie realizacji projektu budowlanego przez podmiot profesjonalny.

19. W przypadku umowy z dnia 10.10.2022 na opracowanie dokumentacji projektowo- kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSIR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie zawartej z Ośrodkiem Sportu i Rekreacji w Dzielnicy Żoliborz, wskazano, iż niedochowanie elementarnych obowiązków projektanta w zakresie kompletności wykonanej dokumentacji w postaci między innymi:

- braku podpisu projektantów na oświadczeniu o zgodności projektu z wymogami;
- braku warunków ochrony ppoż. i podpisów rzeczoznawców;
- braku parametrów technicznych sieci i uzbrojenia terenu;
- braku układu sieci i urządzeń uzbrojenia terenu;
- braku układu linii przewodów elektrycznych i telekomunikacyjnych w powiązaniu z sieciami zewnętrznymi;
- braku etapowania PZT i określenia kolejności realizacji poszczególnych obiektów;
- braku uzyskanych warunków przyłączy;
- braku projektów przyłączy;
- braku uzgodnień konserwatorskich;
- dokumentacji nie uwzględniającej standardów dostępności cyfrowej;
- zaniechaniu uwzględnienia odnawialnych źródeł energii;

oraz złożeniu niekompletnego wniosku o pozwolenie na budowę (brak elementów wymaganych przepisami prawa w tym co istotne brak podpisów projektantów) w ocenie zamawiającego wypełnia przesłanki niedbalstwa w procesie realizacji projektu budowlanego przez podmiot profesjonalny. Przesłanki niedbalstwa wypełnia też w ocenie zamawiającego zastosowana przez wykonawcę procedura cyt. „przyśpieszenia procedury administracyjnej” w postaci złożenia niekompletnego wniosku o pozwolenie na budowę tj. wniosku nie zawierającego wymaganych elementów które wykonawcy jako profesjonaliscie powinny być znane.

20. Z kolei, w związku z niewykonaniem umowy z dnia 11.03.2021 na pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego nadbudowy budynku głównego Szpitala zawartej z SPZOZ Wojskowym I Szpitalem Klinicznym w Lublinie, doszło do nieprawidłowego wykonywania przez wykonawcę umowy o zamówienie publiczne z dnia 11.03.2021 na pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego nadbudowy budynku głównego Szpitala. Powodami odstąpienia przez zamawiającego od umowy było niewykonywanie obowiązków wynikających z zawartej umowy dotyczących:

- niepodjęcia współpracy z wykonawcą dokumentacji projektowej (naruszenie § 2 ust. 1 pkt 4 Umowy),
- braku świadczenia usługi dotyczącej organizacji i koordynacji działań wszelkich podmiotów uczestniczących przy realizacji inwestycji (naruszenie § 1 ust. 2 pkt 2) Umowy),
- nieterminowej weryfikacji dokumentacji przedkładanej przez wykonawcę projektu, brak udziału w opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej, przedmiarów oraz kosztorysów inwestorskich (naruszenie § 2 ust. 1 pkt 1) Umowy),
- braku pełnienia nadzoru nad terminowością i rozliczeniem finansowym w zakresie wykonywania inwestycji (naruszenie § 2 ust. 1 pkt 11) Umowy),
- nieprawidłowo opracowanym i wdrożony system przepływu informacji pomiędzy uczestnikami procesu inwestycyjnego (naruszenie § 2 ust. 2 pkt 8 Umowy),
- braku reakcji na pisma co do kształtu dokumentacji wykonawczej w zakresie ochrony p. poż. (naruszenie § 2 ust. 2 pkt 12) Umowy);
- braku kontaktu ze strony Inwestora Zastępczego z innymi uczestnikami procesu inwestycyjnego (do Zamawiającego, na skutek niemożności uzyskania od Inwestora Zastępczego jakichkolwiek informacji co do przebiegu Inwestycji, zgłaszając się kolejni uczestnicy procesu inwestycyjnego - głównie Inspektorzy Nadzoru Inwestorskiego - z prośbą o przekazanie dalszych wytycznych co do podejmowanych działań, czy choćby przedłożenie planu organizacji pracy), co wpływa w sposób bezpośredni na (obecnie pewną) niemożność zachowania wyznaczonych Umową terminów na realizację zadania;
- braku przygotowania wg stanu na dzień odstąpienia od umowy procedury przetargowej oraz braku wyłonienia generalnego wykonawcy realizacji zadania inwestycyjnego, w tym dostawcy wyposażenia (pomimo upływu terminu wskazanego w umowie).

21. Argumentacja zawarta w odwołaniu jest ogólnikowa i stanowi jedynie polemikę z ustaleniami Zamawiającego poczynionymi w oparciu o analizę materiału dowodowego pozyskanego nie tylko od samego Odwołującego, ale także w oparciu o dane dotyczące podstaw odstąpienia od umów od Ośrodka Sportu i Rekreacji Miasta Stołecznego Warszawy Dzielnicy Żoliborz, Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego, czy Wojskowego Szpitala Klinicznego w Lublinie. Zamawiający wykorzystał zatem dostępne mu narzędzia pozwalające na rzetelne i obiektywne zweryfikowanie zaistnienia przesłanek do wykluczenia Odwołującego.

22. Nie sposób również uwzględnić zarzutu Odwołującego jakoby Zamawiający odtajnił niezgodnie z prawem informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte w oświadczeniu złożonym przez Odwołującego w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

23. Odwołujący błędnie interpretuje takie informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Za taką tajemnicę mogą być uznane informacje, które mają przede wszystkim określoną wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy.

24. Na gruncie przepisów p.z.p. dla skuteczności zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa konieczne jest "wykazanie" wartości gospodarczej. Dlatego samo subiektywne przekonanie wykonawcy, że dana informacja posiada walor tajemnicy przedsiębiorstwa to za mało, aby uznać, że wykonawca wykazał wartość gospodarczą. Gdyby zaakceptować taką argumentację, to każdorazowo wystarczyłoby samo oświadczenie wykonawcy w tym zakresie, co jednak nie jest zgodne z brzmieniem art. 18 ust. 3 p.z.p., nakazującym "wykazanie" przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa."

25. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1195/23: „2. Wykazanie wartości gospodarczej, w tym wartości ekonomicznej i podnoszonej przez stronę możliwości wykorzystania przez konkurencję, musi mieć walor obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości utajnianych przez niego informacji należy uznać za niewystarczające. ”

26. W oczywisty sposób Odwołujący nie wykazał, aby treść wyjaśnień zawierała informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą.

27. Zgodnie z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 kwietnia 2023 r. w sprawie III OSK 3715/21, LEX nr 3553549: „Nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które mogą być uzyskane przez podmiot zainteresowany w zwykłej i dozwolonej formie.” Tym samym sposób wykonywania umów z innymi zamawiającymi nie może być z definicji uznany za stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa.

28. Notabene, sam Odwołujący w treści odwołania podnosi, iż wystąpił wobec SGGW z powództwem do sądu

administracyjnego, z uwagi na fakt odmawiania udostępnienia w ramach informacji publicznej jednego z pism stanowiących odstąpienie od umowy przez SGGW. Zatem w samej treści uzasadnienia odwołania sam Odwołujący zaprzecza własnym zarzutom.

29. Jednocześnie dążenie Odwołującego do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, co do których można pozyskać wiedzę w trybie dostępu do informacji publicznej stanowi przejaw dążenia do nieuzasadnionego ograniczenia transparentności postępowania w zakresie niekorzystnych dla Odwołującego okoliczności.

30. Ocenę postępowania Odwołującego można sprowadzić do wskazania, że nie tylko zaprzecza on bezzasadnie okolicznościom warunkującym jego wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale również usiłuje wyłączyć jawność w zakresie licznych zarzutów względem niego, powstałych w związku z nienależytym wykonywaniem przez niego umów w sprawie zamówień publicznych.

31. Zważywszy na opisane powyżej okoliczności należy stwierdzić, że Zamawiający dokonał prawidłowego wyboru oferty złożonej przez 4IDEA KAROL SITARSKI, jako najkorzystniejszej. Z tego względu wnoszę jak na wstępie.

W załączeniu: 1. odpis pełnomocnictwa 2. wydruk Zamawiającego z KRS

PODSUMOWANIE STANOWISKA ODWOŁUJĄCEGO PO ROZPRAWIE Z DNIA 22.11.2023 r. Pismo z dnia 28 listopada 23

Podsumowując stanowisko po rozprawie w dniu 22.11.2023 r. i w celu sprawnego przeprowadzenia rozprawy odroczonej na dzień 30.11.2023 r. Odwołujący podnosi, że w stosunku do:

1) umowy na opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na budowę „Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki”; Zamawiający: Wojskowa Akademia Techniczna, istotne informacje dla rozstrzygnięcia sprawy zawarte są na stronach:

a. od 4 do 12 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego - oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, gdzie BBC szczegółowo opisuje brak zasadności jakiegokolwiek punktów przywołanych przez WAT w zakresie pisma o odstąpieniu

b. 69 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego - oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, gdzie Instytut w opinii autorstwa osoby wpisanej na listę biegłych sądowych orzekł, że dzieło jest wykonane w 100% i wykonane jest należycie

c. od 70 do 84 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego - oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, gdzie Instytut w opinii autorstwa osoby wpisanej na listę biegłych sądowych orzekł, że brak było podstaw do odstąpienia od umowy przez WAT

d. od 85 do 86 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego - oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, gdzie Instytut w opinii autorstwa osoby wpisanej na listę biegłych sądowych wylistował przeszkody w realizacji umowy jakie napotkał nie ze swojej winy Wykonawca

e. od 91 do 101 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego - oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, gdzie znajduje się powództwo niosące dowody o braku współdziałania zamawiającego, braku zawinienia w realizacji umowy przez BBC oraz wzywające do zapłaty pełnego wynagrodzenia umownego.

umowy na pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego w ramach realizacji inwestycji pn. „Nadbudowa budynku Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej”; Zamawiający: Wojskowy Szpital Kliniczny w Lublinie, istotne informacje dla rozstrzygnięcia sprawy zawarte są na stronach:

05 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego - oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, znajduje się faktura BBC z dnia 22/10/2021 na pełny zakres umowny Etapu. Dodatkowo do przedmiotowego pisma BBC dołącza potwierdzenie zapłaty 100% wynagrodzenia za ww. fakturę.

d. od 107 do 110 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego - oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, gdzie BBC wykazuje, iż brak było podstaw do odstąpienia od umowy przez Szpital

z dodatkowo:

załącznik nr 2 złożony na rozprawie przed KIO w dniu 15.01.2023 stanowiący w całości pozew, który stanowi dowód na niezasadność odstąpienia od umowy przez Szpital

otwierzenie zapłaty 100% wynagrodzeni za etap umowy zgodnie z fakturą z dnia 22/10/2021

3) umowy na wykonanie projektu koncepcji wielobranżowej, projektu budowlanego i projektu wykonawczego na budowę „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” nr 1; Zamawiający: Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego, istotne informacje dla rozstrzygnięcia sprawy zawarte są na stronach:

od 125 do 126 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego- oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, znajduje się wezwanie BBC do współdziałania kierowane do SGGW pod rygorem odstąpienia od umowy

od 128 do 137 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego- oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, znajdują się faktury i potwierdzenia płatności wypłaty na rzecz BBC 100% wynagrodzenia umownego bez naliczenia jakichkolwiek kar umownych

39 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego- oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, znajdują się odstąpienie od umowy przez BBC, które pierwsze odstąpiło od umowy

od 161 do 167 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego - oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, znajdują się dokumenty wskazujące na próbę pozyskania pisma oczyszczającego dobre imię BBC w ramach dostępu do informacji publicznej

od 161 do 167 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego - oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, znajdują się dokumenty wskazujące na próbę pozyskania pisma oczyszczającego dobre imię BBC w ramach dostępu do informacji publicznej

f. od 182 do 186 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego- oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, znajduje się zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa w związku z odmową udzielania odpowiedzi na informacje publiczną

g. od 195 do 222 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego- oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, znajdują się dowody na świadczenie nadzorów autorskich przez BBC

cały załącznik nr 26 do załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego- oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, pokazuje dowody na udzielania odpowiedzi na pytania w ramach nadzorów autorskich

z dodatkowo:

załącznik nr 5 złożony na rozprawie przed KIO w dniu 27.10.2023 -Skarga do WSA w zakresie braku udzielenia odpowiedzi na informację publiczną stanowiącą oczyszczenie dobrego imienia BBC.

umowy na opracowanie dok. projektowo - kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSiR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie w ramach zad. inwestycyjnego pn. „Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1” - Etap I; Zamawiający: Ośrodek Sportu i Rekreacji w Dzielnicy Żoliborz, istotne informacje dla rozstrzygnięcia sprawy zawarte są na stronach:

od 225 do 252 załącznika nr 3 do pisma zatytułowanego- oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z dnia 29.08.2023, znajduje się korespondencja wzywająca do współdziałania Zamawiającego i wskazująca na brak współdziałania Zamawiającego w zakresie realizacji umowy

z dodatkowo:

załącznik nr 6 złożony na rozprawie przed KIO w dniu 31.07.2023 stanowiący opinie Instytutu zrealizowaną przez biegłego sądowego wskazującą na należyte wykonanie dzieła przez BBC oraz na brak współdziałania Zamawiającego w realizacji umowy.

Wniosek podtrzymuje stanowisko, że złożył wyczerpujące wyjaśnienia, których z niezrozumiałych względów Zamawiający nie uznał ani nie wyjaśnił, jeżeli miał wątpliwości co do złożonych przez Odwołującego dokumentów.

W podobnym stanie faktycznym i prawnym wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 sierpnia 2023 r., sygn. KIO 2346/23.

nadto w dniu 10.11.2023 r. Odwołujący złożył w podobnym stanie faktycznym i prawnym odwołanie do Zamawiającego: TBS Wrocław Sp. z o.o. (sygn. KIO 3392/23), które zostało uwzględnione przez Zamawiającego w całości pismem z dnia 24.11.2023.

Załączniki: Odwołanie z dnia 10.11.2023, Pismo zamawiającego TBS Wrocław z dnia 24.11.2023, Potwierdzenie płatności za fakturę z dnia 22/10/2021.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na: opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budynku wielorodzinnego oraz infrastruktury zewnętrznej i zagospodarowania terenu w Gdańsku - Ujeścisku wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego (04/ZP/TP/23).

Odwołujący na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, wniósł odwołanie:

1) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu polegającej na wyborze oferty Wykonawcy wybranego, jako najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego na skutek uznania, że wystąpiły przesłanki wykluczenia, jak też ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartych w oświadczeniu złożonym przez odwołującego w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania,

2) na zaniechanie zamawiającego dokonania następującej czynności w postępowaniu polegającej na uwzględnieniu wyjaśnień wykonawcy w zakresie informacji o sytuacjach spornych bez wyjaśnienia wątpliwości dot. „samooczyszczenia”, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp: art. 16, art. 17, art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 111 pkt 4, art. 139, art. 239.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20.09.2023 r. pod numerem 2023/BZP 00404172/01

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego i przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert oraz wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Z powyższego wynika, że odwołujący zaskarżył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, wnosząc o jej unieważnienie oraz unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty z powodu nieuzasadnionych podstaw do jego wykluczenia z postępowania. Z przywołanych w odwołaniu naruszeń przepisów Pzp najważniejszym do rozpatrzenia przez Izbę, jest art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, skutkujący wykluczeniem odwołującego z postępowania.

Izba na posiedzeniu dokonała czynności sprawdzenia formalnych warunków do wniesienia odwołania.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, gdyż odwołanie zostało wniesione w terminie 5 dni (zamówienie poniżej progów unijnych) od dnia 30.10.2023 r., zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, kopia odwołania została przesłana zamawiającemu, na dowód czego złożono do odwołania potwierdzenie przesłania odwołania.

Izba nie stwierdzając przesłanek odrzucenia odwołania wynikających z art. 528 ustawy Pzp skierowała odwołanie do merytorycznego rozpoznania na rozprawę, w myśl art. 530 ustawy Pzp.

Na wstępie merytorycznego rozpoznania Izba stwierdza, istnienie przesłanek do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak odwołujący podniósł naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów, spowodowało uszczerbek w jego interesie, polegający na braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu, w myśl postanowień specyfikacji warunków zamówienia (swz), z powodu odrzucenia jego oferty, wbrew przepisom ustawy Pzp. art. 16, art. 17, art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 111 pkt 4, art. 139, art. 239.

Izba na dwóch posiedzeniach/rozprawie (22 i 30 listopada 2023r. – protokół z rozprawy w aktach sprawy), przeprowadziła postępowanie wyjaśniające i dowodowe z dokumentów złożonych na pierwszym posiedzeniu przez odwołującego (pakiet 7 dowodów), dokumentacji przekazanej przez zamawiającego ze wskazanych przez strony dokumentów, uwzględniając wyjaśnienia i oświadczenia stron (pełnomocników profesjonalnych) oraz wysłuchując prezesa zarządu odwołującego, stwierdziła w sprawie jako bezsporne okoliczności, jako poniżej.

Oferta odwołującego w tym JEDZ przy pierwszej ocenie i badaniu ofert zostały przyjęte przez zamawiającego bez uwag i oferta odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza (13.10.23r.), po czym została odrzucona przez

zamawiającego (30.10.23r.), a co odwołujący zaskarżył.

Odwołujący składając ofertę zaznaczył w JEDZ, że z czterema zamawiającymi wdał się spór sądowy czy to o zapłatę, czy ustalenie w związku z odstąpieniem od umów czy to przez zamawiającego, czy to przez odwołującego. Odwołujący przywołał toczące się z jego inicjatywy procesy sądowe lub ich zapowiedzi, w tym przed sądem administracyjnym, a także wskazał na podjęte procedury naprawcze w organizacji spółki odwołującego. Odwołujący w toku postępowania przez Izbę złożył pakiet dowodów (7) na okoliczność złożonych pozwów, czy też wszczętych procesów sądowych, w tym przed WSA Warszawa, opinię biegłego sądowego z prywatnego zlecenia, jak i korespondencję z zamawiającymi („Załącznik nr 1 Powództwo o zapłatę przeciwko WAT dotyczące projektu cybernetyki, Załącznik nr 2 Powództwo o zapłatę przeciwko Wojskowy Szpital Kliniczny w Lublinie, Załącznik nr 3 Pozew o ustalenie bezzasadności odstąpienia dotyczące projektu SGGW, Załącznik nr 4 odpowiedź na pytanie nr 1 uzyskane w ramach dostępu do informacji publicznej – brak odstąpienia od umowy przez SGGW, Załącznik nr 5 Skarga do WSA w zakresie odmowy udzielenia informacji publicznej, Załącznik nr 6 Prywatna opinia biegłego w zakresie braku podstaw odstąpienia od umowy i wynagrodzenia należnego BBC – dotyczące OSiR Żoliborz, Załącznik nr 7 umowa o świadczenie usług prawnych ws powództwa przeciwko OSiR Żoliborz” – wyciąg z protokołu z dnia 22.11.23r. – w aktach sprawy).

Z powyższych dokumentów wynika, że odwołujący jest w sporach z zamawiającymi, którzy odstąpili od umów lub odwołujący odstąpił od umów i domaga się ustaleń na drodze sądowej czy też domaga się wynagrodzenia. Izba ustalając i oceniając stosunki odwołującego z zamawiającymi, w których odstąpiono od umów, stwierdza, że odwołujący zaprzecza zawinięciom po jego stronie, a spory sądowe nie zostały prawomocnie rozstrzygnięte, a nawet otrzymuje zaległe płatności od zamawiającego. Izba powyższy stan faktyczny i prawny uznała za ustalony bezspornie.

Zagadnieniem, którego w ocenie Izby nie można pominąć, jest okoliczność wskazana powyżej w uzasadnieniu i podnoszona na rozprawie, dotycząca informacji w JEDZ odwołującego o okoliczności wykluczenia z postępowania z powodów odstąpienia od umów ze wskazaniem podjętych działań naprawczych w spółce odwołującego. Zamawiający przy ponownym badaniu i ocenie oferty odwołującego, pominął okoliczność wskazania przez odwołującego braku zgody co do podjętych działań przez czterech zamawiających, jak i podjętych przez odwołującego działań wobec tychże zamawiających. Orzecznictwo Izby wskazuje na obowiązek wykonawców podania okoliczności przemawiających za wykluczeniem z postępowania, niezależnie od oceny przyczyn odstąpienia przez wykonawcę, pozostawiając ocenę Izbie. W takim też kontekście odwołujący podał cztery przypadki spornych spraw z zamawiającymi, którzy odstąpili od umowy, bądź odwołujący odstąpił od umowy. W ocenie Izby czynności wskazane jako naprawcze w spółce nie przesadzają o przyznaniu racji zamawiającym, których relacje z odwołującym mają charakter sporny, co wykazał odwołujący zarówno na etapie składania oferty, jak i w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Natomiast w ocenie Izby każdy konflikt/ nieporozumienia we współpracy z kontrahentami/zamawiającymi powinny skutkować analizą, oceną i podjęciem działań w organizacji wykonawcy, mającym im zapobiegać w przyszłości niezależnie od źródeł i przyczyn ich powstawania. Izba rozważając wskazanie w JEDZ, na działania naprawcze odwołującego, wobec informacji i wyjaśnień odwołującego o trwających sporach z zamawiającymi stwierdza, że zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia i oceny tych działań jako naprawczych w trybie art.110 ust.2 i ust.3 Pzp.

W powyższym stanie rzeczy Izba rozstrzygając zarzuty odwołania uwzględniła zarzut bezpodstawnego wykluczenia z postępowania odwołującego, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, co w ocenie Izby nastąpiło z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp w tym art.109 ust.1 pkt 7 Pzp co miało istotny wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej w myśl art. 554 ust.1 pkt 1 Pzp, uwzględniając odwołanie w całości.

Izba nie rozpoznała, wskazanego w zarzutach odwołania, naruszenia ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zawartych w oświadczeniu złożonym przez odwołującego co do braku podstaw wykluczenia, z uwagi na brak wskazania podstawy prawnej zarzutu w zw. z art.516 ust.1 pkt 8) Pzp. Bowiem odwołujący wskazał w zarzutach odwołania naruszenie art. 16, art. 17, art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 111 pkt 4, art. 139, art. 239 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) oraz § 7 ust.5 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), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: