

WYROK

z dnia 19 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2018 r. przez Odwołującego: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „Ostrada” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Przasnysz

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego na rzecz Zamawiającego stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 429/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Przasnysz (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego „Przebudowa drogi gminnej nr 320604W na odcinku od km 0 + 155,00 do km 1 + 833,58 w miejscowości Mchówko” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 stycznia 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 511714 - N - 2018.

I. W dniu 5 marca 2018 r. wykonawca: Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych „Ostrada” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności podjętej przez Zamawiającego w trakcie Postępowania polegającej na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania mimo braku podstaw określonych w tym przepisie.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanej czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania;
- 2) ponowienia oceny występowania podstawy wykluczenia;
- 3) stwierdzenia, że nie zachodzi wobec Odwołującego podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu w Postępowaniu wpłynęły 4 oferty, z których oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza. Niestety, Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający może (i skorzystał z tej możliwości wskazując ten punkt w treści ogłoszenia) wykluczyć wykonawcę, „który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych”.

Faktyczną podstawą wykluczenia był spór toczący się między Zamawiającym a Odwołującym na gruncie realizacji inwestycji „Przebudowa drogi gminnej Golany - Cierpigórz w ramach zadania inwestycyjnego pn. Poprawa regionalnego układu transportowego poprzez przebudowę dróg gminnych” („inwestycja”). W informacji o wykluczeniu Zamawiający przedstawił swój punkt widzenia co do okoliczności realizacji tej inwestycji. Nie sposób się z nim zgodzić.

Po uzyskaniu zamówienia Wykonawca przystąpił do jego realizacji zgodnie z umową i realizował je z należytą starannością, napotykając jednak okoliczności uniemożliwiające terminowe zakończenie inwestycji.

Jeśli chodzi o termin rozpoczęcia prac, umowa nie przewidywała 01.04.2016 rozpoczęcia robót, lecz rozpoczęcie wykonywania przedmiotu umowy, na co składały się czynności wstępne (wytyczenie, sporządzenie koncepcji realizacji, mobilizacja itp.).

Jeśli chodzi o opuszczanie terenu budowy, należy wskazać, że:

- 1) inwestycja była realizowana „pod ruchem”, co uniemożliwia - jak w przypadku innych inwestycji - przejście terenu budowy, wykonanie robót i przekazanie terenu inwestorowi,
- 2) Odwołujący napotykał błędy projektowe skutkujące koniecznością zlecenia robót dodatkowych, natomiast Zamawiający drastycznie odwlekał ich zlecenie
- 3) Odwołujący napotkał szczególnie niekorzystne warunki klimatyczne, które uniemożliwiały wykonywanie robót zgodnie z SST i sztuką budowlaną (Obecnie również nie ma możliwości zakończenia inwestycji).

Ad. 1)

Inwestycja była realizowana na zgłoszenie, bez konieczności uzyskiwania pozwolenia na budowę, co miało i ten skutek, że nie jest wymagany Dziennik budowy, a jedynie uproszczona dokumentacja, którą Odwołujący posiada.

Ad. 2)

Prowadzenie robót przy realizacji inwestycji następowało sukcesywnie. Niestety w trakcie prowadzenia robót stwierdzono rozbieżności przedmiaru oraz kosztorysu do przedmiotowego zadania w zakresie umocnienia dna rowu płytami prefabrykowanymi.

Przedmiar oraz kosztorys ofertowy zakładają 190 m² umocnienia dna rowu płytami ażurowymi. Wykonawca w celu sprecyzowania właściwego miejsca wbudowania umocnienia skontaktował się z projektantem, który wskazał miejsca umocnienia. Projektant zakładał umocnienie dna oraz skarp rowu w ilości ok 190 mb dna rowu (190mx0,4m=76m²) oraz ok 190 m² umocnienia zaostrzonych skarp rowu, czyli razem 266 m². Wnioskodawca wystosował pismo znak PRDM/WR/2/036016/3/2017 z dnia 10.08.2017 z prośbą o wyjaśnienie rozbieżności. Dodatkowo zlecono ustnie wykonanie robót dodatkowych szacowanych na wartość ok. 60 000 PLN.

Sprawa robót dodatkowych wynikała ok. 2 tygodni przed zakończeniem terminu realizacji. Roboty te są praco i czasochłonne, natomiast następujące po nich roboty bitumiczne - szybkopostępujące. Wykonawca uzyskał od Inwestora informację, że zaszła konieczność wykonania robót dodatkowych. Aby zapewnić wysoką jakość, właściwe parametry, zgodność z SST i sztuką inżynierską, roboty dodatkowe należy wykonać przed ułożeniem warstw bitumicznych, na co wskazuje technologia wykonania tychże robót. Niestety, mimo złożenia pism PRDM/WR/2/036016/2/2017 oraz PRDM/WR/2/036016/4/2017 z dnia 23.08.2017, nie uzyskaliśmy przesunięcia terminu realizacji.

Ostatecznie Zamawiający udzielił Odwołującemu zamówienia dodatkowego dnia 29 września 2017 r., a więc półtora miesiąca po upływie terminu realizacji zamówienia podstawowego. Fakt ten jest twardym dowodem braku współpracy ze strony Zamawiającego i bezpośrednią przyczyną opóźnień w realizacji inwestycji.

Ad. 3) Dodatkowe okoliczności uzasadniające przedłużenie terminu realizacji to szczególnie niekorzystne warunki klimatyczne przewidziane jako przesłanka przedłużenia terminu realizacji umowy lub nienaliczania kar za zwłokę. We wrześniu 2017 warunki gruntowo wodne były fatalne, wręcz katastrofalne, co w tej sytuacji było faktem nadzwyczajnym, przesądzającym o istnieniu siły wyższej, uniemożliwiającej dochowanie umówionego terminu. Pomimo tych utrudnień Wnioskodawca chcąc spełnić oczekiwania Przeciwnika odnośnie wykonania zadania dokonał analizy możliwości realizacji przedmiotu umowy i kontynuuje umowę nie odstępując od niej. Wystąpienie warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonywanie robót zgodnie ze sztuką budowlaną było wielokrotnie zgłaszane przez Wykonawcę. Już choćby powyższe okoliczności wskazują zasadność przedłużenia terminu realizacji umowy o czas trwania okoliczności uniemożliwiających realizację robót.

Odwołujący nie mogąc uzyskać płatności za wykonane roboty (już dawno wykonano 95% zakresu, z którego korzystają kierowcy) oraz będąc zagrożonym płatnością kar umownych i nie mogąc w żaden sposób uzyskać aneksu do zawartych umów - złożył do Sądu Rejonowego w Ostrołęce wniosek o zażalenie Zamawiającego do próby ugodowej.

W tym stanie faktycznym Zamawiający, nie tylko nadal uchyla się od współpracy przy realizacji poprzedniej inwestycji, ale i pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania kolejnego zamówienia, mimo złożenia przez niego najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zgadza się z przeważającą częścią analizy prawnej dokonanej przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu, nie zgadza się w żaden sposób z dokonaną przez Zamawiającego subsumpcją.

Wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu jest możliwe po łącznym spełnieniu się następujących okoliczności: wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. W celu doprecyzowania dodano: wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie.

W ocenie Odwołującego frazę tę należy czytać łącznie. W szczególności stopień winy należy rozpatrywać w kontekście dalszych sformułowań. Bez wątpienia podstawą wykluczenia jest zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo. Zamawiający nie zarzuca Odwołującemu zamierzonego działania, lecz rażące niedbalstwo. O jaki stopień niedbalstwa jednak chodzi? Tak, który skutkuje poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych oraz podważa uczciwość wykonawcy. Tymczasem Odwołujący należycie co do jakości wykonał przeważającą część inwestycji, Zamawiający korzysta z owoców pracy Odwołującego i nie formułuje żadnych zastrzeżeń co do jego uczciwości.

Zdaniem Odwołującego zgodzić się trzeba z orzeczeniem Forposta przytoczonym przez Zamawiającego w pierwszym akapicie na stronie 4 informacji, nie można się zgodzić z ostatnim zdaniem tego akapitu, które jest już własnym komentarzem Zamawiającego. Nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, że działania Odwołującego odnośnie inwestycji były „rażąco niedbane”. Zgodzić się trzeba z wyrokami SN przytoczonymi przez Zamawiającego w ostatnim akapicie na stronie 3 informacji. Rażące niedbalstwo wykazuje „drastyczny stopień naganności”, odbiegający od „miernika staranności minimalnej”. Brak jest jednak jakichkolwiek podstaw, aby stwierdzić, że pojęcia te mają zastosowanie do zachowania Odwołującego w trakcie realizacji inwestycji. Wręcz przeciwnie, to Zamawiający notorycznie uchylał należytej staranności przy realizacji inwestycji, co zostało wykazane w wezwaniu do

próby ugodowej złożonej w sądzie przez Odwołującego.

II. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie pismem z dnia 13 marca 2018 r. oraz pismem z dnia 16 marca 2018 r. wnosząc o oddalenie odwołania.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mińsku Mazowieckim do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego, oprócz dokumentacji Postępowania

przekazanej przez Zamawiającego, także dokumenty załączone przez Odwołującego do odwołania oraz załączone przez Zamawiającego do pism stanowiących odpowiedź na odwołanie (pisma z dnia 13 oraz 16 marca 2018 r.).

W dniu 7 września 2016 r. pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym została zawarta umowa nr 236/2016. Przedmiotem umowy było wykonanie zamówienia pn. „Przebudowa drogi

gminnej Golany - Cierpigórz w ramach zadania inwestycyjnego pn. Poprawa regionalnego układu transportowego poprzez przebudowę dróg gminnych” (§ 1 ust. 1 umowy). Szczegółowy zakres robót opisany został w siwz, w tym dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych stanowiących załącznik nr 2 do umowy (§ 1 ust. 2 umowy). W § 2 ustalono termin wykonania zamówienia: termin rozpoczęcia wykonywania przedmiotu umowy - od 01.04.2017 r. (§ 2 ust. 1 umowy). Termin zakończenia robót będących przedmiotem umowy - nie później niż 15.08.2017 r. (§ 2 ust. 2 umowy). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 9 umowy do obowiązków Wykonawcy należy terminowe wykonanie i przekazanie do eksploatacji przedmiotu umowy oraz oświadczenia, że roboty ukończone przez niego są całkowicie zgodne z umową i odpowiadają potrzebom, dla których są przewidziane według umowy. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 20 umowy do obowiązków Wykonawcy należy niezwłoczne informowanie Zamawiającego (Inspektora Nadzoru Inwestorskiego) o problemach technicznych lub okolicznościach, które mogą wpłynąć na jakość robót lub termin zakończenia robót. Zgodnie z § 5 ust. 2 umowy wynagrodzenie będzie wypłacone na podstawie rzeczywiście wykonanych i protokolarnie odebranych robót w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym. Wykonawca na potrzeby odbioru sporządzi kosztorys powykonawczy. Protokół odbioru robót i kosztorys powykonawczy muszą być potwierdzone przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego. Zgodnie z § 6 ust. 3 umowy Wykonawca zgłosi Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego, pisemnie bezpośrednio w siedzibie Zamawiającego. Zgodnie z § 6 ust. 4 umowy podstawą zgłoszenia przez Wykonawcę gotowości do odbioru końcowego, będzie faktyczne wykonanie robót, potwierdzone w Dzienniku budowy wpisem dokonanym przez kierownika budowy (robót) potwierdzonym przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego. W myśl § 6 ust. 5 umowy wraz ze zgłoszeniem do odbioru końcowego Wykonawca prześle Zamawiającemu następujące dokumenty: 1) dziennik budowy, 2) dokumentację powykonawczą, opisaną i skompletowaną w dwóch egzemplarzach, w tym geodezyjną inwentaryzację powykonawczą,

3) wymagane dokumenty, protokoły i zaświadczenia z przeprowadzonych prób i sprawdzeń, dokumenty gwarancyjne i inne dokumenty wymagane stosownymi przepisami, 4) oświadczenie Kierownika budowy (robót) o zgodności wykonania robót z dokumentacją projektową, obowiązującymi przepisami i normami, 5) dokumenty (atesty, certyfikaty) potwierdzające, że wbudowane wyroby budowlane są zgodne z art. 10 ustawy Prawo budowlane (opisane i ostemplowane przez Kierownika robót), 6) pozostałe dokumenty w szczególności autoryzacje i deklaracje zgodności producenta potwierdzające należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z § 6 ust. 8 umowy za datę wykonania przez Wykonawcę zobowiązania wynikającego z niniejszej Umowy, uznaje się datę odbioru, stwierdzoną w protokole odbioru końcowego. W § 8 umowy zostały uregulowane kary umowne, w tym za opóźnienie w zakończeniu wykonywania przedmiotu umowy, mając na uwadze termin zakończenia robót określony w § 2 ust. 2 (§ 8 ust. 1 pkt 1) umowy). Zgodnie z § 11 ust. 1 Wykonawca udziela Zamawiającemu gwarancji jakości wykonania przedmiotu umowy na okres 60 miesięcy od dnia odbioru końcowego. W § 13 uregulowane zostało uprawnienie stron do zmiany umowy. Zgodnie z § 13 ust. 1 umowy wszelkie zmiany i uzupełnienia treści niniejszej umowy, wymagają aneksu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Zgodnie z § 13 ust. 2 umowy Zamawiający przewiduje możliwość istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w następującym zakresie: 1) termin realizacji zamówienia może ulec zmianie w następujących sytuacjach:

- a) jeżeli przyczyny, z powodu których będzie zagrożone dotrzymanie terminu zakończenia robót będą następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w szczególności będą następstwem nieterminowego przekazania terenu budowy, braków lub wad dokumentacji projektowej lub innych dokumentów, o ile braki lub wady zostaną potwierdzone przez zamawiającego i zamawiający zobowiązany jest do przekazania takich dokumentów wykonawcy w zakresie, w jakim ww. okoliczności miały lub będą mogły mieć wpływ na dotrzymanie terminu zakończenia robót,
- b) opóźnień zamawiającego w zakresie dokonywania odbioru lub prób końcowych,
- c) zawieszenie robót przez zamawiającego,
- d) wystąpienia przeszkód uniemożliwiających prowadzenie robót, za które nie

odpowiada wykonawca, taką przeszkodą może być np. wystąpienie tzw. siły wyższej, niekorzystne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prawidłowe wykonanie umowy,

e) wystąpienie konieczności wykonania robót dodatkowych niezbędnych do wykonania zamówienia podstawowego,

f) zmian w dokumentacji projektowej o czas niezbędny do dostosowania się wykonawcy do takiej zmiany.

W dniu 7 czerwca 2017 r., tj. ponad dwa miesiące od wskazanego w umowie terminu rozpoczęcia wykonywania przedmiotu umowy (1 kwietnia 2017 r.) Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo, w którym stwierdzono: „Do dnia sporządzenia niniejszego pisma Wykonawca nie przystąpił do realizacji robót budowlanych objętych przedmiotem Umowy.”

Pismem z dnia 6 lipca 2017 r. Zamawiający dokonał uzupełnienia do zgłoszenia Nr RBK.6743.225.2015 z dnia 23 września 2015 r. o przystąpieniu do wykonywania robót budowlanych. W pkt 2 ww. pisma Zamawiający wskazał, iż zakres robót dotyczy:

- aktualizacji granic działek drogowych w rejonie skrzyżowania odcinka A i B w związku z aktualizacją mapy,
- zaprojektowano nowe rozwiązanie skrzyżowania pomiędzy odcinkiem A i B, zmieniono jazd zamiast w km 0 + 290 a winien być w km 0 + 398,
- przesunięto ściek pod chodnikowy z km 0 + 285 do km 0 + 294.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2017 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o wyjaśnienie rozbieżności przedmiaru oraz kosztorysu w zakresie umocnienia dna rowu płytami prefabrykowanymi. Odwołujący wskazał, iż „przedmiar oraz kosztorys ofertowy zakładają 190 m² umocnienia dna rowu płytami ażurowymi. Wykonawca w celu sprecyzowania właściwego miejsca wbudowania umocnienia skontaktował się z projektantem, który wskazał miejsca umocnienia. Projektant zakładał umocnienie dna oraz skarp rowu w ilości ok 190 mb dna rowu (190mx0,4m=76m²) oraz ok 190 m² umocnienia zaokrąglonych skarp rowu, czyli razem 266 m².” Mając to na uwadze Odwołujący wniósł o wyjaśnienie rozbieżności i określenie faktycznego zakresu prac. Ww. pismo zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 16 sierpnia 2017 r.

Pismem (bez daty) doręczonym Zamawiającemu w dniu 11 sierpnia 2017 r. Zamawiający wniósł o przedłużenie terminu realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, iż „Dnia 07.07.2017 r. Inwestor złożył do Starostwa Powiatowego w Przysnyszu uzupełnienie do zgłoszenia Nr RBK.6743.225.2015 z dnia 23.09.2015 o przystąpieniu do wykonywania robót budowlanych zawierające zmiany wprowadzone przez Inwestora dotyczące przedmiotowej realizacji. Niezaskarżone uzupełnienie do zgłoszenia otrzymaliśmy 02.08.2017. Zakres uzupełnienia oraz szereg robót koniecznych/dodatkowych przyjętych do realizacji przekłada się bezpośrednio na termin zakończenia inwestycji. W związku z powyższym firma wnioskujemy o przedłużenie terminu realizacji robót budowlanych do dnia 31.08.2017. Uprzejmie prosimy o pozytywne rozpatrzenie naszego wniosku.”

Umowa z dnia 7 września 2016 r. nie została wykonana w uzgodnionym przez strony terminie (15 sierpnia 2017 r.).

W dniu 29 września 2017 r. została zwarta kolejna umowa, której przedmiot został określony jako wykonanie zamówienia pn.: „Przebudowa drogi gminnej Golany - Cierpigórz w ramach zadania inwestycyjnego pn. Poprawa regionalnego układu transportowego poprzez przebudowę dróg gminnych.” (§ 1 ust. 1 umowy). Termin wykonania umowy został określony w § 2 umowy: termin rozpoczęcia wykonywania przedmiotu umowy - z dniem protokolarnego przekazania terenu robót Wykonawcy (§ 2 ust. 1 umowy); termin zakończenia robót będących przedmiotem umowy - nie później niż do dnia 23 października 2017 r. (§ 2 ust. 1 umowy). Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 8 umowy do obowiązków Wykonawcy należy terminowe wykonanie i przekazanie do eksploatacji przedmiotu umowy oraz oświadczenia, że roboty ukończone przez niego są całkowicie zgodne z umową i odpowiadają potrzebom, dla których są przewidziane według umowy. Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 20 umowy do obowiązków Wykonawcy należy niezwłoczne informowanie Zamawiającego (Inspektora Nadzoru Inwestorskiego) o problemach technicznych lub okolicznościach, które mogą wpłynąć na jakość robót lub termin zakończenia robót. Postanowienia dotyczące odbioru robót zostały uregulowane w podobny sposób jak w umowie z dnia 7 września 2016 r.

Umowa z dnia 29 września 2017 r. nie została wykonana w uzgodnionym przez strony terminie (23 października 2017 r.).

Po upływie terminów wykonania ww. umów Zamawiający wielokrotnie wzywał Odwołującego

do ich realizacji (pismo z dnia 22 sierpnia 2017 r., znak: IZ.042.3.8.2017.AS; pismo z dnia 4 września 2017 r., znak: IZ.042.3.9.2017.AS; pismo z dnia 28 września 2017 r., znak: IZ.042.3.13.2017.AS; pismo z dnia 10 listopada 2017 r., znak: IZ.042.3.18.2017.AS oraz pismo z dnia 7 grudnia 2017 r., znak: IZ.042.3.19.2017.AS - pisma przywołane w treści Zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy).

Ww. pismem z dnia 22 sierpnia 2017 r. [dot. umowy z dnia 7 września 2016 r.] Zamawiający ponowił wezwanie, wystosowane do Odwołującego pismem z dnia 18 sierpnia 2017 r., do złożenia raportu ze stanu zaawansowania prac.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący udzielił pismem z dnia 23 sierpnia 2017 r. (data wpływu do Zamawiającego: 24 sierpnia 2017 r.). Odwołujący poinformował Zamawiającego, iż zostały wykonane wszystkie prace z zakresu umowy (dot. umowy z dnia 7 września 2016 r.) z wyłączeniem robót bitumicznych. W dalszej kolejności Odwołujący stwierdził, iż „Wykonawca uzyskał od Inwestora informację, że zaszła konieczność wykonania robót dodatkowych. Aby zapewnić wysoką jakość, właściwe parametry, zgodność z SST i sztuką inżynierską, roboty dodatkowe należy wykonać przed ułożeniem warstw bitumicznych, na co wskazuje technologia wykonania tychże robót. Sprawa robót dodatkowych wynika ok. 2 tygodni przed zakończeniem terminu realizacji. Roboty te są praco i czasochłonne, natomiast następujące po nich roboty bitumiczne - szybkopostępujące. Wykonanie robót bitumicznych zajmie zaledwie kilka dni. Jednakże sprawa robót dodatkowych nie została wyjaśniona, co ma niekorzystny wpływ na roboty zasadnicze z zakresu umowy. Prosimy o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji.”

Ww. pismem z dnia 4 września 2017 r. [dot. umowy z dnia 7 września 2016 r.] Zamawiający stwierdził, iż przedmiot umowy nie został wykonany w znacznym zakresie. Wymieniono niewykonane prace z zakresu: 1) podbudowy, 2) nawierzchni, 3) robót wykończeniowych oraz 4) elementów ulic. Ponadto Zamawiający stwierdził, iż niewykonanie w terminie przedmiotu umowy nie jest wynikiem dokonania zmian dokumentacji projektowej (uzupełnienie do zgłoszenia o przystąpieniu do wykonania robót budowlanych z dnia 6 lipca 2017 r. złożono do Starosty Przasnyskiego w dniu 7 lipca 2017 r., a termin wniesienia sprzeciwu upłynął 28 lipca 2017 r.). Dodatkowo Zamawiający podkreślił, iż Odwołujący nie tylko nie wywiązał się z terminu wykonania umowy, ale nie wykonuje od wielu dni żadnych robót na drodze. Zamawiający wskazał, iż świadczy to o braku woli należytego wykonania umowy.

Ww. pismem z dnia 28 września 2017 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do wykonania przedmiotu umowy z dnia 7 września 2016 r.

Ww. pismem z dnia 10 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wykonania przedmiotu umowy z dnia 7 września 2016 r. oraz przedmiotu umowy z dnia 29 września 2017 r. Zamawiający w treści pisma stwierdził, iż „Na dzień sporządzenia niniejszego pisma Wykonawca nie zrealizował prac objętych powyższymi umowami. W toku oględzin terenu budowy przez pracowników Urzędu Gminy Przasnysz stwierdzono brak wykonania następujących prac, m.in.:

- 1) warstwy ścieralnej i warstwy wiążącej na całym odcinku przebudowywanej drogi;
- 2) oznakowania poziomego i pionowego na całym odcinku przebudowywanej drogi;
- 3) nawierzchni zjazdów bitumicznych;
- 4) przepustu rurowego pod jezdnią;
- 5) łuku wyokrągającego (skrzyżowanie) o nawierzchni bitumicznej (pełna konstrukcja);
- 6) montażu poręczy łańcuchowych ochronnych U-21 (skrzyżowanie);

W dniu oględzin tj. 10.11.2017 r. Wykonawca nie prowadził żadnych prac; teren realizacji inwestycji oznaczony był znakami informującymi o prowadzeniu robót budowlanych.”

Ponadto, Zamawiający poinformował Odwołującego, iż „przedmiotowa inwestycja

współfinansowana jest ze środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich na lata 2014 - 2020. Zgodnie z umową o dofinansowanie projektu Zamawiający (Beneficjent) zobowiązany jest do zakończenia i rozliczenia operacji w terminie wskazanym w umowie. Niewywiązanie się z warunków umowy grozi utratą dofinansowania.”.

Ww. pismem z dnia 7 grudnia 2017 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie m.in. o następującej treści: „W nawiązaniu do pisma nr IZ.042.3.18.2017.AS z dnia 10.11.2017 r. oraz wielokrotnych interwencji i rozmów, Zamawiający - Gmina Przasnysz ponownie wzywa Wykonawcę - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Mostowych OSTRADA Sp. z o.o. do wykonania przedmiotu umowy nr 236/2016 zawartej w dniu 07 września 2016 r. oraz umowy nr IZ.042.3.262.2017 zawartej w dniu 29 września 2017 r. pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.”

Ponadto pismami z dnia 8 września 2017 r., 10 października 2017 r. oraz 27 października 2017 r. Zamawiający wyznaczał spotkania robocze przedstawiciela Odwołującego z

Zamawiającym. Z notatek służbowych pracownika Zamawiającego wynika, iż spotkania wyznaczone pismem z dnia 10 października 2017 r. oraz 27 października 2017 r. nie odbyły się w związku z nieobecnością przedstawiciela Odwołującego. Pismem z dnia 18 sierpnia 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przygotowania raportu ze stanu prac, a wezwanie w tym przedmiocie zostało przez Zamawiającego ponowione ww. pismem z dnia 22 sierpnia 2017 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na pismo z dnia 22 sierpnia 2017 r. ww. pismem z dnia 23 sierpnia 2017 r. Pismami z dnia 29 grudnia 2017 r., 2 lutego 2018 r. oraz 19 lutego 2018 r. Zamawiający wzywał Odwołującego do przedłożenia do wglądu dziennika budowy.

Niniejsze Postępowanie zostało wszczęte w dniu 30 stycznia 2018 r. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 14 lutego 2018 r. Zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia została przez Zamawiającego

przewidziana fakultatywna podstawa wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. W Postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców, w tym Odwołujący.

W dniu 7 lutego 2018 r. Odwołujący złożył do Sądu Rejonowego w Ostrołęce wniosek o zawezwanie Zamawiającego do zawarcia ugody o następującej treści:

a) Strony postanawiają zmienić umowę Nr 236/2016 zawartą w dniu 07.09.2016 roku, której przedmiotem jest „Przebudowa drogi gminnej Golany - Cierpigórz w ramach zadania inwestycyjnego pn. Poprawa regionalnego układu transportowego poprzez przebudowę dróg gminnych”, w ten sposób, że nadają jej § 2 ust. 2 nowe, następujące brzmienie w miejsce dotychczasowego: „Termin zakończenia robót będących przedmiotem umowy nastąpi nie później niż 31.05.2018 roku.”

b) Strony postanawiają zmienić umowę Nr IZ.042.3.262.2017 zawartą w dniu 29.09.2017 roku, której przedmiotem jest „Przebudowa drogi gminnej Golany - Cierpigórz w ramach zadania inwestycyjnego pn. Poprawa regionalnego układu transportowego poprzez przebudowę dróg gminnych” w ten sposób, że nadają jej § 2 ust. 2 nowe, następujące brzmienie w miejsce dotychczasowego: „Termin zakończenia robót będących przedmiotem umowy nastąpi nie później niż 31.05. 2018 roku.”

W ofercie złożonej w Postępowaniu Odwołujący zawarł oświadczenie, iż nie podlega

wykluczeniu z Postępowania, w tym na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 28 lutego 2018 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania na podstawie art. 24 ust 5 pkt 2 w zw. z ust. 7 pkt 3 i ust. 12 ustawy Pzp w związku z zawinionym poważnie naruszeniem obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość, polegającym na nienależytym wykonaniu wskutek co najmniej rażącego niedbalstwa na rzecz zamawiającego zamówienia publicznego „Przebudowa drogi gminnej Golany - Cierpigórz w ramach zadania inwestycyjnego pn. Poprawa regionalnego układu transportowego poprzez przebudowę” realizowanej na podstawie umowy Nr 236/2016 z dnia 7 września 2016 r. i umowy nr IZ.042.3.262.2017 z dnia 29 września 2017 r. , co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Uzasadniając decyzję o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania Zamawiający wskazał w szczególności, co następuje:

„Zamówienie publiczne na zadanie inwestycyjne „Przebudowa drogi gminnej Golany - Cierpigórz w ramach zadania inwestycyjnego pn. Poprawa regionalnego układu transportowego poprzez przebudowę” jest realizowane na podstawie umowy Nr 236/2016 z dnia 7 września 2016 r. W zakresie realizacji wymienionego zamówienia była zawarta jeszcze jedna umowa nr IZ.042.3.262.2017.

Zgodnie z zawartymi umowami zadanie miało być wykonane odpowiednio w terminie do dnia 15 sierpnia 2017 r. (umowa nr 236/2016) i do dnia 23 października 2017 r. (umowa nr IZ.042.3.262.2017).

Pomimo wielokrotnych wezwań do należytego wykonania umów w zakresie terminu realizacji zadania, na dzień dzisiejszy zamówienie nie zostało wykonane. Działania wykonawcy w tym zakresie nosiły znamiona co najmniej rażącego niedbalstwa, o czym świadczy choćby fakt, że pomimo zobowiązania się w zawartej umowie do rozpoczęcia wykonywania przedmiotu umowy od dnia 01.04.2016 r. (par. 2 ust 1 umowy nr 236/2016) wykonawca jeszcze w dniu 07.06.2016 r. nie przystąpił do realizacji umowy (dowód pismo - wezwanie Gminy Przasnysz znak IZ.042.3.3.2017.AS) czym wykazał lekceważenie zapisów umowy i godził się z wystąpieniem skutku w postaci nieterminowego, czyli nienależytego wykonania umowy.

Wykonawca był wzywany wielokrotnie, bezskutecznie, następującymi pismami do należytego wykonania umowy:

- 1) pismo z dnia 22.08.2017 r., znak: IZ.042.3.8.2017.AS,
- 2) pismo z dnia 4.09.2017 r., znak: IZ.042.3.9.2017.AS,
- 3) pismo z dnia 28.09.2017 r., znak: IZ.042.3.13.2017.AS,
- 4) pismo z dnia 10.11.2017 r., znak: IZ.042.3.18.2017.AS,
- 5) pismo z dnia 7.12.2017 r., znak: IZ.042.3.19.2017.AS.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, że przez cały okres od zawarcia umowy do dnia dzisiejszego Wykonawca wielokrotnie przez długie okresy (udokumentowane) opuszczał teren budowy i nie reagował na wezwania i monity zamawiającego (udokumentowane).

Ponadto do dnia dzisiejszego pomimo wielokrotnych wezwań wykonawca nie przedstawił zamawiającemu wypełnianego na bieżąco Dziennika budowy (udokumentowane).

Nienależyte w zakresie terminu wykonywania umowy wynikające z co najmniej rażącego niedbalstwa wykonawcy, jest tym bardziej naganne, że w tym przypadku inwestycja jest realizowana ze środków zewnętrznych Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich w ramach PROW na lata 2014 - 2020, co może, pomimo podejmowanych przez Zamawiającego działań, np. przesunięcie terminu realizacji inwestycji do 15.07.2018 r. narazić zamawiającego na utratę dofinansowania. Ponadto z uwagi na konieczność naliczenia kar umownych za nieterminową realizację umowy, zamawiającemu grozi zmniejszenie dofinansowania.

Na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyście wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Nierzetelność wykonawcy może przejawiać się w różny sposób. Jednym z powszechnie występujących jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia. Dopuszczenie się przez wykonawcę takiego zachowania, nie tylko uzasadnia poniesienie przez niego odpowiedzialności względem konkretnego zamawiającego, ale również przemawia za pozbawieniem go z możliwości ubiegania się o kolejne zamówienia.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zauważyć, iż w treści złożonego odwołania Odwołujący nie kwestionował okoliczności faktycznych wskazanych przez Zamawiającego w treści Zawiadomienia o wykluczeniu, lecz jego stanowisko opierało się na występowaniu okoliczności powodujących, że stwierdzone przez Zamawiającego uchybienia nie zostały w żaden sposób zawinione przez Odwołującego, nie były od niego zależne, a wręcz wynikały z braku współdziałania ze strony Zamawiającego.

Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić w przypadku łącznego spełnienia przesłanek określonych przez ustawodawcę w tym przepisie, tj. konieczne jest stwierdzenie, iż dany wykonawca naruszył obowiązki zawodowe, nastąpiło to z jego winy, ma charakter poważny i w konsekwencji podważa jego uczciwość. Jak wskazał ustawodawca w treści ww. unormowania, w szczególności ma to miejsce w przypadku gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Stwierdzenie powyższego zamawiający musi być w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 stanowi transpozycję do porządku krajowego regulacji art. 57 ust. 4 akapit pierwszy lit. c) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Zgodnie z tą regulacją „Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość.” Przepis ten stanowi w znacznym zakresie odpowiednik art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, zgodnie z którym „Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.”

Odnosząc się do przesłanki poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, należy powołać się na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przedstawione w odniesieniu do pojęcia „poważnego wykroczenia” zawartego w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d) dyrektywy 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, które ze względu na podobieństwo ww. regulacji zawartych w dyrektywie 2014/24/UE oraz 2004/18/WE może znaleźć zastosowanie w obecnym stanie prawnym. W wyroku z dnia 13 grudnia 2012 roku o sygn. C-465/11 (Forposta) Trybunał orzekł że, pojęcie to „należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i indywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W tym względzie pojęcia „poważnego wykroczenia” nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca”.

Użyte w ustawie Pzp pojęcie poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oznacza zatem, iż zastosowanie sankcji wykluczenia z postępowania nie uzasadnia stwierdzenie popełnienia przez wykonawcę drobnych uchybień, świadczących o niskim kompetencjach zawodowych. Instytucja unormowana w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie stanowi narzędzia do wykluczania wykonawców tylko z tego powodu, że mają oni zbyt niskie kompetencje zawodowe do wykonania danego zamówienia (temu celowi służy określanie przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu). Naruszenie obowiązków zawodowych ma być poważne i zawinione, a także - na co wskazuje obecna regulacja art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, ma to być tego rodzaju naruszenie, które podważa uczciwość wykonawcy. Istotą i celem omawianej regulacji jest zatem umożliwienie zamawiającym wykluczenie z postępowania wykonawców, którzy swoim wcześniejszym postępowaniem nie dają gwarancji uczciwego i rzetelnego zachowania przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, iż z przypadkiem poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, które podważa uczciwość wykonawcy, mamy do czynienia w szczególności w sytuacji, gdy wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Odwołując się do poglądów prezentowanych przez doktrynę na gruncie przepisu art. 471 Kodeksu cywilnego regulującym odpowiedzialność kontraktową dłużnika z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania należy wskazać, iż

„pojęcie wykonania zobowiązania oznacza zachowanie dłużnika, polegające na spełnieniu wszystkich obowiązków spoczywających na nim, a wynikających z treści łączącego strony stosunku prawnego (zob. szerzej G. Tracz, Pojęcie wykonania i niewykonania zobowiązań, s. 174 i n.; por. też A. K., Wykonanie umowy i odpowiedzialność, s. 268)” [K. O. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1-1087. Beck Online Komentarze, 2018]. „Przepis art. 471 KC normuje niewykonanie i nienależyte wykonanie zobowiązania, traktując - na pierwszy rzut oka - te dwie kategorie jako rozłączne i odmienne w ramach systemu naruszenia zobowiązania. W istocie jednak, nienależyte wykonanie zobowiązania stanowi postać niewykonania zobowiązania ponieważ niewykonanie zobowiązania polega na zachowaniu niezgodnym z treścią zobowiązania określającym powinno zachowanie dłużnika” [M. G. (red.), Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088. Warszawa, 2016].

„Skoro powstał - bez względu na źródło (ustawa, czynność prawna jedno- i dwu- stronna, bezpodstawne wzbogacenie i inne) - stosunek zobowiązaniowy, to wierzyciel ma prawo oczekiwać, że dłużnik spełni obciążające go świadczenie, a więc, iż ten zachowa się zgodnie z treścią zobowiązania, zaspokajając jednocześnie określony w jego treści interes wierzyciela. Jeżeli to nastąpi, zobowiązanie zostaje wykonane i jako takie wygasa. Brak spełnienia świadczenia oznacza niewykonanie zobowiązania. Przy nienależytym wykonaniu zobowiązania świadczenie jest wprawdzie spełnione, lecz nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w większym lub mniejszym stopniu od świadczenia wymaganego. Określenie „nienależyte wykonanie zamówienia” jest tak ogólne, a zarazem pojemne, że nie sposób wyczerpująco wskazać wszystkich sytuacji, w których takie wykonanie ma miejsce. Może bowiem być ich tyle, ile zachodzi rodzajów indywidualnych świadczeń. Najogólniej rzecz ujmując, o nienależytym spełnieniu świadczenia można mówić w aspekcie zachowania terminu, miejsca i sposobu, czy też jakości w szerokim rozumieniu tego słowa (...).” [G. B., H. C., S. D., J. G., K. K. Który składa do akt sprawy, M. S., T. W., C. Ż., Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania tom I. Warszawa, 2011].

W stanie faktycznym, do którego odnosi się rozpoznane przez Izbę odwołanie, mamy do czynienia z przypadkiem niewykonania zamówienia. Nie stanowi okoliczności spornej, iż zarówno umowa zawarta pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym w dniu 7 września 2016 r., jak i umowa zawarta w dniu 29 września 2017 r., nie zostały przez Odwołującego wykonane w całości do dnia dzisiejszego. Okoliczność ta została również potwierdzona złożonym przez Odwołującego dowodem w postaci odpisu wniosku o zawezwanie do próby ugodowej. Od dnia wyznaczonego przez Strony jako termin wykonania umowy z dnia 7 września 2016 r. upłynęło ok. 7 miesięcy (realizacja tej umowy miała trwać 4,5 miesiąca), natomiast od dnia wyznaczonego przez Strony jako termin wykonania umowy z dnia 29 września 2017 r. upłynęło prawie 5 miesięcy (realizacja tej umowy miała trwać krócej niż 1 miesiąc). Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających wystąpienie okoliczności usprawiedliwiających tak znaczące opóźnienie. Jedynym wyjątkiem w tym zakresie jest okoliczność dokonania przez Zamawiającego uzupełnienia zgłoszenia - Odwołujący stwierdził, iż informacja w tym zakresie została mu przekazana na początku sierpnia 2017 r., natomiast Zamawiający nie wykazał, aby nastąpiło to w okresie wcześniejszym. Jednakże nie może to uzasadniać znaczącego opóźnienia w realizacji umowy, skoro sam Odwołujący w treści pisma (bez daty) doręczonego Zamawiającemu w dniu 11 sierpnia 2017 r. wnioskował o przedłużenie terminu realizacji robót do dnia 31 sierpnia 2017 r. Nawet zatem przyjmując, iż było uzasadnione przesunięcie terminu realizacji umowy nr 236/2016 (z dnia 7 września 2016 r.) na dzień 31 sierpnia 2017 r., to i tak od tego dnia upłynęło 6,5 miesięcy. Należy przy tym zauważyć, iż jeśli faktycznie ww. okoliczność miała wpływ na termin realizacji umowy, to Odwołujący dopuścił się uchybienia polegającego na zaniechaniu niezwłocznego poinformowania o tym fakcie Zamawiającego, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 20 umowy. Przede wszystkim jednak Odwołującego bez uzasadnionego powodu zaprzestał realizacji przedmiotowych umów - w chwili obecnej realizacja tych umów nie jest kontynuowana. Odwołujący, wbrew spoczywającemu na nim w tym zakresie ciężarowi dowodu, nie udowodnił występowania żadnej okoliczności, która usprawiedliwiałaby zaprzestanie wykonywania zawartych z Zamawiającym umów, a tym samym zaniechanie dokończenia ich realizacji.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ulega wątpliwości, iż tak znaczące przekroczenie terminów realizacji umów oraz nieusprawiedliwione zaprzestanie ich wykonywania stanowi poważne uchybienie zawodowe. Tym bardziej jest to uzasadnione, gdy weźmie się również pod uwagę wielokrotny brak reakcji Odwołującego na wezwania i monity ze strony Zamawiającego.

Za okoliczność uzasadniającą poważne naruszenie przez Odwołującego obowiązków zawodowych Izba nie uznała natomiast wskazanej w treści Zawiadomienia o wykluczeniu okoliczności nieprzedstawienia, pomimo wielokrotnych wezwań, wypełnianego na bieżąco dziennika budowy. Odwołujący ustosunkowując się do tej kwestii w treści odwołania stwierdził, iż „Inwestycja była realizowana na zgłoszenie, bez konieczności uzyskiwania

pozwolenia na budowę, co miało i ten skutek, że nie jest wymagany Dziennik budowy, a jedynie uproszczona dokumentacja, którą Odwołujący posiada." Wymaga zatem wskazania, iż zasady dotyczące prowadzenia dziennika budowy zostały uregulowane przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 26 czerwca 2002 r. w sprawie dziennika budowy, montażu i rozbiórki, tablicy informacyjnej oraz ogłoszenia zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia (Dz. U. Nr 108, poz. 953, ze zm.). Zgodnie z § 3 ust. 1 ww. rozporządzenia dziennik budowy prowadzi się odrębnie dla obiektu budowlanego, wymagającego pozwolenia na budowę albo zgłoszenia. Jednakże w myśl § 1 ust. 2 pkt 2) ww. rozporządzenia ilekroć jest w nim mowa o zgłoszeniu - należy przez to rozumieć zgłoszenie budowy, o której mowa w art. 29 ust. 1 pkt 1a, 2b, 19 i 19a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Chodzi tu zatem o zgłoszenie budowy wolno stojących budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których obszar oddziaływania mieści się w całości na działce lub działkach, na których zostały zaprojektowane (art. 29 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp), wolno stojących parterowych budynków stacji transformatorowych i kontenerowych stacji transformatorowych o powierzchni zabudowy do 35 m² (art. 29 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp); instalacji zbiornikowych na gaz płynny z pojedynczym zbiornikiem o pojemności do 7 m³, przeznaczonych do zasilania instalacji gazowych w budynkach mieszkalnych jednorodzinnych (art. 29 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp) oraz sieci: a) elektroenergetycznych obejmujących napięcie znamionowe nie wyższe niż 1 kV, b) wodociągowych, c) kanalizacyjnych, d) ciepłych, e) telekomunikacyjnych (art. 29 ust. 1 pkt 19a ustawy Pzp). Przedmiot umowy z dnia 7 września 2016 r. nie był zatem objęty obowiązkiem prowadzenia dziennika budowy w myśl przywołanych powyżej przepisów. W związku z tym zaniechanie prowadzenia dziennika budowy nie może samo w sobie stanowić uchybienia Odwołującego w wykonaniu przedmiotowej umowy. Okoliczność braku odpowiedzi na wezwania Zamawiającego w tym przedmiocie należy jednak ocenić w kontekście dochowania przez Odwołującego należytej staranności.

Również w ramach dokonywania oceny zachowania Odwołującego w odniesieniu do dochowania należytej staranności należy wziąć pod uwagę zarówno okoliczność znacznego opóźnienia w rozpoczęciu realizacji umowy z dnia 7 września 2016 r., jak i okoliczność wielokrotnego opuszczania przez Odwołującego terenu budowy.

Odnosząc się do kwestii winy Odwołującego Zamawiający wskazał, iż dopuszczenie się przez niego poważnego wykroczenia nastąpiło w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa. W ocenie składu orzekającego liczba okoliczności faktyczne rozpatrywanej sprawy potwierdzają ocenę dokonaną w tym zakresie przez Zamawiającego, a ponadto - w odniesieniu do obecnej sytuacji - świadczą o zamierzonym działaniu ze strony Odwołującego.

Ustalenie winy wykonawcy jako jednej z przesłanek zastosowania podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp (zgodnie z tym przepisem co do zasady może chodzić o każdą postać i stopień winy, choć najczęściej konieczne będzie stwierdzenie zamierzonego działania albo rażącego niedbalstwa) wymaga odniesienia się do pojęcia należytej staranności. Jak wskazuje się w doktrynie „Ta miara staranności stanowi zarazem kryterium oceny istnienia winy w prawie cywilnym - niedbalstwa. Należyta staranność dłużnika to staranność ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Jest to pewne minimum, którego może oczekiwać wierzyciel i które zapewnia dłużnikowi brak odpowiedzialności, gdyby zobowiązania nie udało się wykonać (por. A. Odwołujący, w: Kidyba, Komentarz KC, t. III, Cz. ogólna, 2010, s. 42). Zachowanie odbiegające in minus od wzorca jest kwalifikowane jako niedbalstwo dłużnika, przy czym jeżeli ta różnica między wzorcem a zachowaniem dłużnika jest znacząca, można mówić o rażącym niedbalstwie (por. P. M., w: G., Komentarz KC, 2006, s. 510-511; A. O., w: Kidyba, Komentarz KC, t. III, Cz. ogólna, 2010, s. 42-43). (...) Wskazuje się zgodnie w literaturze poświęconej odpowiedzialności kontraktowej, iż określenie "niezachowanie należytej staranności" oznacza winę dłużnika, i to zarówno umyślną, jak i nieumyślną (W. P., w: P., Komentarz KC, t. I, 1997, s. 963; M. P., w: Komentarz KC, t. II, 1972, s. 1163; J. D., w:

System PrCyw, t. III, cz. 1, s. 767; Czachórski, Zobowiązania, 1994, s. 233; Radwański, Olejniczak, Zobowiązania, 2014, s. 337). (...) Ocena, jaki jest stopień winy w konkretnym przypadku uzależnione jest w znacznym stopniu od kryteriów zobiektywizowanych i dokonuje się za pomocą tzw. obiektywnego miernika staranności. Stwierdzenie odstępstw faktycznego zachowania od takiego abstrakcyjnego modelu jest równoznaczne z przypisaniem winy dłużnikowi (por. J. D., w: System PrCyw, t. III, cz. 1, s. 767; R., O. Zobowiązania, 2014, s. 336-337). [M. G. (red.), Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088. Warszawa, 2016].

„Pojęcie winy dłużnika powinno być rozumiane w jej ujęciu normatywnym. Polega więc na negatywnej ocenie postępowania dłużnika i możliwości postawienia mu zarzutu, że mimo że

mógł postąpić w okolicznościach sprawy w inny sposób - zgodnie z treścią zobowiązania i wymaganiami należytej staranności ukształtowanymi we wzorcu, to tego nie uczynił. Jak wskazuje W. Popiołek (w: Pietrzykowski, Komentarz, 2015, t. II, art. 472, Nb 11), zarzut ten sprowadza się do wykazania ujemnego nastawienia psychicznego sprawcy do czynu, co oznacza, że podjął on niewłaściwą decyzję, którą następnie wykonał, lub nie podjął jej lub nie wykonał, gdy były one wymagane." [K. O. (red.), Tom III A. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część ogólna, Warszawa 2017].

W ocenie składu orzekającego Izby zachowanie Odwołującego przy realizacji przedmiotowych umów w sposób na tyle znaczący odbiegało od wzorca starannego działania, iż uzasadnione jest przypisanie mu winy w postaci rażącego niedbalstwa. Wbrew postanowieniu umowy z dnia 7 września 2016 r. Odwołujący nie rozpoczął jej wykonywania w terminie uzgodnionym przez strony. Rozbieżności w zakresie stwierdzonej dokumentacji projektowej Odwołujący zgłosił w ostatnim dniu terminu realizacji umowy z dnia 7 września 2016 r. Wielokrotnie nie odpowiadał na wezwania i monity Zamawiającego dotyczące realizacji umowy. Nie zostały przedstawione żadne dowody na potwierdzenie tego, iż Odwołujący odpowiednio wcześniej sygnalizował Zamawiającemu wystąpienie okoliczności mogących mieć wpływ na nieterminowe wykonanie umów. Odwołujący twierdził, iż dokonywał zgłoszeń Zamawiającemu w formie ustnej, ale wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka nie został przez Odwołującego zgłoszony. Jak wskazał Zamawiający w Zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołujący wielokrotnie i na długie okresy opuszczał teren budowy. W konsekwencji powyższego żadna z umów nie została przez Odwołującego wykonana w całości, pomimo upływu od ustalonego w umowach terminu ich realizacji: ok. 7 miesięcy (umowa z dnia 7 września 2016 r., której realizacja miała trwać 4,5 miesiąca) oraz prawie 5 miesięcy (umowa z dnia 29 września 2017 r., której realizacja miała trwać krócej niż 1 miesiąc). Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających wystąpienie okoliczności usprawiedliwiających tak znaczące opóźnienie. Jak zostało to wskazane powyżej, jedynym wyjątkiem w tym zakresie może być okoliczność dokonania przez Zamawiającego uzupełnienia zgłoszenia - Odwołujący stwierdził, iż informacja w tym zakresie została mu przekazana na początku sierpnia 2017 r., natomiast Zamawiający nie wykazał, aby nastąpiło to w okresie wcześniejszym. Jednakże sam Odwołujący w treści pisma (bez daty) doręczonego Zamawiającemu w dniu 11 sierpnia 2017 r. wnioskował o przedłużenie terminu realizacji robót do dnia 31 sierpnia 2017 r., a od tego dnia upłynęło już prawie 6,5 miesięcy. Ponadto, zaniechanie niezwłocznego poinformowania o tym fakcie Zamawiającego, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 20 umowy, stanowi uchybienie obowiązкови wynikającemu z umowy i świadczy o niestarym działaniu.

W treści odwołania Odwołujący powołał się na takie okoliczności, usprawiedliwające zaistniałe opóźnienie w realizacji przedmiotowych umów, jak szczególnie niekorzystne warunki klimatyczne oraz konieczność wykonania robót dodatkowych. Twierdzenia Odwołującego o niekorzystnych warunkach atmosferycznych są głosowne, nie zostały przez Odwołującego w żaden sposób udowodnione. Ponadto, Odwołujący nie przedstawił dowodów, iż występowanie warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonywanie umów zgłaszał Zamawiającemu. Brak jakichkolwiek dowodów na informowanie Zamawiającego o wystąpieniu ww. okoliczności nie pozwala uznać za wiarygodne twierdzeń Odwołującego w tym zakresie, szczególnie że w tym samym czasie Zamawiający wystosowywał do Odwołującego wezwania do wykonania umowy. Ponadto, sam Odwołujący w trakcie rozprawy przyznał, iż w tym samym czasie wykonywał na rzecz Zamawiającego inną umowę, co do której Zamawiający nie zgłaszał zastrzeżeń.

Odwołujący nie przedstawił również dowodu na potwierdzenie konieczności wykonania robót dodatkowych. W treści pisma z dnia 23 sierpnia 2017 r. Odwołujący wprawdzie stwierdził, iż „uzyskał od Inwestora informację, że zaszła konieczność wykonania robót dodatkowych”, jednakże takiemu twierdzeniu zaprzeczył Zamawiający. Odwołujący nie przedstawił dowodu potwierdzającego, iż Zamawiający informował go o konieczności wykonania robót dodatkowych. Twierdzenia takiego z pewnością nie potwierdza fakt zawarcia pomiędzy Stronami umowy z dnia 29 września 2017 r. Jak wynika z jej treści została ona zawarta w trybie zapytania ofertowego, a więc po przeprowadzeniu postępowania otwartego, skierowanego do wszystkich wykonawców. Tym samym wykonanie przedmiotu umowy z dnia 29 września 2017 r. mogło zostać powierzone także innemu wykonawcy, a nie wyłącznie Odwołującemu. Natomiast zamówienia dodatkowe (na dodatkowe usługi, dostawy lub roboty budowlane) udzielane są w trybie art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a zatem w trybie zmiany umowy, a nie odrębnej umowy. Na marginesie wymaga zauważenia, iż pismo z dnia 23 sierpnia 2017 r. nie stanowiło samodzielnej inicjatywy Odwołującego, lecz było odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego do złożenia raportu ze stanu zaawansowania prac (pismo Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2017 r.). Twierdzenia Odwołującego w powyższym zakresie są również niewiarygodne z innego powodu. W treści pisma z dnia 23 sierpnia 2017 r. Odwołujący stwierdził, iż „sprawa robót dodatkowych wynika ok. 2 tygodni przed zakończeniem terminu realizacji”, a zatem przyjmując te twierdzenia Odwołującego - na początku sierpnia 2017 r (termin zakończenia robót zgodnie z umową: 15 sierpnia 2017

r.). Jednakże jeszcze pismem (bez daty) doręczonym Zamawiającemu w dniu 11 sierpnia 2017 r. wnioskował o przedłużenie terminu realizacji robót budowlanych do dnia 31 sierpnia 2017 r., nie uzależniając dotrzymania tego terminu od realizacji robót dodatkowych.

Pismem z dnia 10 sierpnia 2017 r. (doręczonym Zamawiającemu w dniu 16 sierpnia 2017 r.) Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o wyjaśnienie rozbieżności przedmiaru oraz kosztorysu w zakresie umocnienia dna rowu płytami prefabrykowanymi. Stwierdzenie ww. rozbieżności i zgłoszenie ich Inwestorowi w ostatnim dniu upływu terminu realizacji zamówienia wskazuje na rażąco niedbałe postępowanie przy wykonywaniu umowy przez Odwołującego. Okoliczność ta, jak i zwłoka w wykonaniu umowy z dnia 7 września 2016 r. prawdopodobnie miała swe przyczyny w kolejnym uchybieniu Odwołującego, jaką było zaniechanie rozpoczęcia wykonywania umowy w terminie uzgodnionym przez Strony w umowie, tj. w dniu 1 kwietnia 2017 r. Jak wskazał Zamawiający w treści uzasadnienia Zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania Odwołujący jeszcze w dniu 7 czerwca 2017 r. [błędnie wskazano rok 2016 r., co wynika z treści pisma Zamawiającego z dnia 7 czerwca 2017 r.] nie przystąpił do realizacji umowy. Nie sposób za wiarygodne uznać wyjaśnienia Odwołującego, iż przez cały ten czas (tj. od dnia 1 kwietnia 2017 r. do dnia 7 czerwca 2017 r. wykonywał on czynności wstępne (wytyczenie, sporządzenie koncepcji realizacji, mobilizacja itp.). Są to głosowane twierdzenia Odwołującego, nie poparte żadnymi dowodami (np. Odwołujący nie przedstawił dowodu w postaci sporządzonej przez niego „koncepcji realizacji”).

Zamawiający wielokrotnie wzywał Odwołującego do zakończenia wykonywania przedmiotowych umów. W treści zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania Zamawiający

powołał się na następujące pisma: pismo z dnia 22.08.2017 r., znak: IZ.042.3.8.2017.AS, pismo z dnia 4.09.2017 r., znak: IZ.042.3.9.2017.AS, pismo z dnia 28.09.2017 r., znak: IZ.042.3.13.2017.AS, pismo z dnia 10.11.2017 r., znak: IZ.042.3.18.2017.AS, pismo z dnia 7.12.2017 r., znak: IZ.042.3.19.2017.AS., stwierdzając poniżej, iż Odwołujący nie reagował na wezwania i monity Zamawiającego. Odwołujący przedstawił jako dowód w sprawie jedynie odpowiedź na pismo Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2017 r., którym Zamawiający wzywał Odwołującego do złożenia raportu ze stanu zaawansowania prac (pismo Odwołującego z dnia 23 sierpnia 2017 r.).

Natomiast okoliczność realizacji inwestycji „pod ruchem” (co zgodnie z twierdzeniem zawartym w odwołaniu uniemożliwia - jak w przypadku innych inwestycji - przejęcie terenu budowy, wykonanie robót i przekazanie terenu inwestorowi) nie została przez Odwołującego wyjaśniona, szczególnie, iż w treści Zawiadomienia o wykluczeniu Zamawiający zarzucił Odwołującemu opuszczanie terenu budowy na długie, a nie krótkie okresy.

Ponadto, Odwołujący w chwili obecnej nie wykonuje żadnych prac mających na celu dokończenie przedmiotowych umów. W treści odwołania Odwołujący wskazał, iż „napotkał szczególnie niekorzystne warunki klimatyczne, które uniemożliwiały wykonywanie robót zgodnie z SST i sztuką budowlaną (Obecnie również nie ma możliwości zakończenia inwestycji)”. Twierdzenie to nie zostało poparte żadnymi dowodami. Odwołujący nie udowodnił, iż mające miejsce obecnie niewykonywanie przedmiotu obydwu umów wynika z występowania okoliczności od Odwołującego niezależnych. W związku z zaciągniętymi zobowiązaniami Odwołujący powinien w możliwie najszybszym terminie dokończyć realizację umów i naprawić Zamawiającemu wszelkie szkody powstałe z tytułu zwłoki, jakiej się dopuścił. Zamiast tego, działanie Odwołującego ogranicza się wyłącznie do złożenia wniosku o zawieszenie do próby ugodowej, w treści którego Odwołujący proponuje dokonanie zmiany terminu realizacji przedmiotowych umów (dopiero na dzień 31 maja 2018 r.). Aktualnie występujące okoliczności faktyczne świadczą zatem o tym, iż niedokończenie realizacji ww. umów wynika wyłącznie z decyzji samego Odwołującego, a w konsekwencji należy stwierdzić, iż naruszenie obowiązków zawodowych, jakiego się on obecnie dopuszcza, jest wynikiem jego zamierzonego działania.

Należy również dodać, iż z pewnością nie może usprawiedliwiać ww. zaniechania ewentualna okoliczność naliczania przez Zamawiającego kar umownych. Wykonawca jest bowiem obowiązany do wykonania zobowiązania, jakie na siebie nałożył zawierając umowę. Jeżeli natomiast wykonawca uważa, iż kary umowne zostały naliczone bezpodstawnie, to powinien skorzystać w tym zakresie z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Niedopuszczalne jest także uzależnianie dalszego wykonania umowy od spełnienia przez zamawiającego warunku w postaci anulowania lub zmniejszenia naliczonych kar umownych (w niniejszej sprawie stawianie przez Odwołującego takiego warunku nie zostało udowodnione i wobec tego powyższe wskazanie ma jedynie przykładowy charakter.).

Regulacja art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy takiego naruszenia obowiązków

zawodowych, które podważa uczciwość wykonawcy. Zdaniem składu orzekającego Izby z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Aktualnie Zamawiający nie ma podstaw by zakładać, iż następna umowa zawarta z Odwołującym zostanie wykonana w uzgodnionym przez strony terminie, a Odwołujący nie będzie się uchylać od jej dokończenia. Wręcz przeciwnie, mając na uwadze przebieg realizacji przez Odwołującego umów z dnia 7 września 2016 r. oraz 29 września 2017 r., nie można się dziwić Zamawiającemu, iż udzielenie Odwołującemu kolejnego zamówienia uważa za zbyt ryzykowne.

Należy w tym miejscu zauważyć, iż podmioty udzielające zamówień publicznych zobowiązane są do gospodarowania środkami publicznymi w sposób zgodny z zasadami określonymi w obowiązujących w tym zakresie przepisach (w szczególności w ustawie o finansach publicznych) i ponoszą odpowiedzialność za niewłaściwe ich wydatkowanie. W tym celu zamawiający zostali wyposażeni w rozmaite instrumenty prawne, w tym określone w ustawie Pzp. Do takich instrumentów należy uprawnienie wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy z uwagi na wcześniejsze poważne naruszenia obowiązków zawodowych, które podważając ich uczciwość nie dają rękojmi należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przewidzenie przez zamawiającego fakultatywnej podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp służy prawidłowemu wypełnieniu zadań w zakresie gospodarowania środkami publicznymi.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp oznacza jego „śmierć zawodową” w związku z brakiem możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne przez okres 3 lat. Poza okolicznością, iż wykluczenie wykonawcy dotyczy wyłącznie konkretnego postępowania, a sankcja ta może być stosowana wyłącznie w przypadku uprzedniego przewidzenia tej podstawy wykluczenia przez zamawiającego (ze względu na jej fakultatywny charakter), ustawodawca przewidział szczególny instrument prawny pozwalający wykonawcy, co do którego zaistniała określona podstawa wykluczenia, wzięcie udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z przepisem art. 24 ust. 8 zd. pierwsze ustawy Pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. W myśl przepisu art. 24 ust. 9 ustawy Pzp wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, wobec ziszczenia się i wykazania (stosownymi środkami dowodowymi) wszystkich przesłanek określonych w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, była prawidłowa i w związku z tym Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: