

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Elżbieta Dobrenko
Członkowie	Monika Kawa-Ogorzałek
	Ernest Klauziński
Protokolant:	Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę **PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Miliarium Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **PROKOM Construction Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu** na rzecz **Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Uzasadnienie

Zamawiający Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie pn.: „Pełnienie funkcji inspektora nadzoru dla zadania pn.: „Rozbudowa DW nr 801 na odcinku od skrzyżowania z DW nr 798 i drogą powiatową nr 2729W do skrzyżowania z DW nr 50 – nr postępowania 180/22”, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 22.10.2022 r.

27 marca 2023 r. Wykonawca Prokom Construction sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, dalej: „Odwołujący” złożył odwołanie od:

1. czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eksametr Sp. z o.o. oraz Miliarium Sp. z o.o. w sytuacji, w której to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą,
2. czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z niezasadnym przyjęciem, że Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do jej wypowiedzenia,
3. czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z niezasadnym przyjęciem, że Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do jej wypowiedzenia, kiedy to wykluczenie Odwołującego z postępowania jest nieproporcjonalne do okoliczności związanych z ewentualnym zawinieniem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do jej wypowiedzenia,
2. art. 109 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do jej wypowiedzenia, kiedy to wykluczenie Odwołującego z postępowania jest

nieproporcjonalne do okoliczności związanych z ewentualnym zawinieniem Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eksametr Sp. z o.o. oraz Miliarium Sp. z o.o.,
2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że:

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 2) określił fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców (art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 oraz 8 ustawy Pzp).

Odwołujący w części III lit. C JEDZ w odpowiedzi na pytanie, czy znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne prównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową, wskazał odpowiedź twierdzącą, dołączył załącznik w formie noty informacyjnej, w której wyjaśnił, że realizował umowę z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Lublinie, dalej: „ZDW Lublin” z dnia 11 grudnia 2020 r., której przedmiotem był nadzór inwestorski i rozliczanie finansowe i rzeczowe – funkcja Inżyniera przy realizacji zamówienia pn. Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 835 Lublin – Wysokie – Biłgoraj – Sieniawa – Przeworsk – Kańczuga – Dynów – Grabownica Starzeńska od km 90+490 do km 115+875 na odcinku Biłgoraj – gr. Województwa, dalej: „Umowa”, która została rozwiązana przed czasem. Odwołujący w szczególności wskazał, że w dniu 20 kwietnia 2021 r. nastąpiło rozwiązanie umowy z jego inicjatywy po przekazaniu ZDW Lublin oświadczenia o wypowiedzeniu umowy. ZDW Lublin w dniu 29 kwietnia 2021 r. złożył własne oświadczenie o wypowiedzeniu umowy. Odwołujący wyjaśnił, że do naruszeń Umowy przez niego doszło na skutek niemożliwych do przewidzenia okoliczności zewnętrznych, których nie mógł przewidzieć, a polegających na zachorowaniach członków zespołu Odwołującego na Covid-19, w tym kluczowego członka personelu – Inspektora nadzoru robót drogowych (Koordynatora) pana T. C., dalej: „Inspektor nadzoru” lub „Inspektor nadzoru robót drogowych” i związanych z powyższym problemach organizacyjnych. Odwołujący wskazał, że pomimo wniosków o dopuszczenie do realizacji umowy dodatkowego personelu, który mógłby zastąpić Inspektora nadzoru, nie wyraził zgody na świadczenie usług przez inne osoby w pełnym zakresie (wykonywania funkcji przewidzianych w Prawie budowlanym). Brak współdziałania ze strony ZDW Lublin

doprowadziło do braku możliwości dalszego świadczenia przez Odwołującego usługi nadzoru i konieczność zakończenia współpracy z ZDW Lublin.

W dniu 3 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 110 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od tej czynności w dniu 13 lutego 2023 r. Zamawiający w dniu 20 lutego 2023 r. uwzględnił odwołanie, a Izba postanowieniem z 24 lutego 2023 r. umorzyła postępowanie odwoławcze. Zamawiający 28 lutego 2023 r., w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących Umowy. 7 marca 2023 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia i przedstawił dokumentację dotyczącą przebiegu realizacji Umowy.

17 marca 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o ponownym wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

I. Naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

Uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania stanowi powielenie uzasadnienia wypowiedzenia Umowy przez ZDW Lublin. Zamawiający pominął w całości wyjaśnienia Odwołującego złożone w dniu 7 marca 2023 r. oraz przedstawioną w nim dokumentację, nie dokonał pogłębionej analizy okoliczności, jaki towarzyszyły Odwołującemu przy realizacji umowy z ZDW Lublin, oparł się na ogólnych informacjach otrzymanych od ZDW Lublin, który przedstawił subiektywną ocenę sytuacji. Rolą Zamawiającego było rzetelne i całościowe przeanalizowanie wszystkich okoliczności w sprawie.

Zaangażowanie Inspektora nadzoru w realizację umowy. Rzekoma absencja Inspektora nadzoru na placu budowy.

Zamawiający powołał się na informację zamieszczoną w wypowiedzeniu Umowy przez ZDW Lublin, zgodnie z którą Inspektor nadzoru na terenie budowy oraz w biurze Inżyniera Kontraktu „*pojawiał się sporadycznie*”. Zamawiający podniósł także argument, że w trakcie realizacji Umowy Inspektor nadzoru jednocześnie pełnił funkcję Głównego Inspektora nadzoru robót budowlanych w ramach umowy realizowanej przez Odwołującego na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad pn. „Pełnienie nadzoru inwestorskiego podczas realizacji rozbudowy drogi krajowej nr 28 Zator – Medyka odc. Przemyśl”, dalej „*Umowa Zator – Medyka*”, co rzekomo miało uniemożliwiać Inspektorowi nadzoru wywiązywanie się z jego obowiązków wynikających z Umowy. Zamawiający wskazał, że: „z informacji uzyskanych przez Zamawiającego od GDDKiA Oddział w Rzeszowie wynika, że Inspektor nadzoru zatrudniony był na podstawie umowy o pracę i w okresie 01.07.2020 – 12.10.2022 był obecny we wszystkie dni robocze za wyjątkiem dni, w których przebywał na

urlopie (08.01.2021 – 22.01.2021 r.), kwarantannie oraz zwolnieniu chorobowym. W związku z powyższym Zamawiający nie może uznać wyjaśnień Wykonawcy, że kontrakt zawarty z GDDKiA pozwalał Wykonawcy na organizację czasu pracy swoich pracowników, w tym Inspektora nadzoru w sposób umożliwiający udział w obydwu/kilku zadaniach. Nie jest bowiem możliwym, z uwagi na odległość pomiędzy budowami, jak również z uwagi na czasowy sposób zaangażowania (...) aby Inspektor nadzoru w tym samym dniu mógł wykonywać swoje obowiązki na obydwu budowach jednocześnie. ZDW Lublin w złożonym oświadczeniu o rozwiązaniu umowy wskazał, że Inspektor nadzoru pełnił również funkcję inspektora nadzoru robót na dwóch inwestycjach realizowanych przez Województwo Podkarpackie (strona 6, akapit ostani oraz strona 7 akapit pierwszy uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania).

W odniesieniu do rzekomej absencji Inspektora nadzoru na placu budowy i biurze Inżyniera Kontraktu, Odwołujący wskazał, że Zamawiający oparł swoje stanowisko na gołosłownych i ogólnych twierdzeniach ZDM Lublin, które opierają się – zgodnie z treścią wypowiedzenia umowy – na bliżej nieskonkretyzowanych informacjach, jakie rzekomo posiada ZDW Lublin. Twierdzenia te nie są zgodne z rzeczywistością, a obecność Inspektora nadzoru potwierdza szereg dowodów, takich jak chociażby podpisywane codzienne listy obecności w Biurze Inżyniera w Biłgoraju.

W odniesieniu do okoliczności związanej z pełnieniem przez Inspektora nadzoru funkcji inspektora nadzoru na dwóch kontraktach jednocześnie, Umowa Zator – Medyka jest realizowana, a GDDKiA nie zgłaszała zastrzeżeń co do sposobu oraz jakości realizowanych prac. Potwierdzenie znajduje się w piśmie GDDKiA z 1 marca 2023 r.

Podnoszone przez Zamawiającego informacje o udziale Inspektora nadzoru w kilku projektach nie mają żadnego znaczenia w sprawie, gdyż przedmiotem odwołania jest wyłącznie realizacja i wcześniejsze zakończenie Umowy. Zamawiający nie odniósł się szczegółowo do realizacji tych kontraktów. W związku z udziałem Inspektora nadzoru w dwóch inwestycjach jednocześnie, GDDKiA nigdy nie zgłaszała zastrzeżeń do sposobu pracy Odwołującego, nie wezwała także Odwołującego do zaprzestania rzekomych naruszeń kontraktowych i nie obarczyła Odwołującego karą umowną z tego tytułu. GDDKiA nie odnotowała również nieobecności Inspektora nadzoru przy realizacji zamówienia, co potwierdził sam Zamawiający. Umowa Zator – Medyka nie określała obowiązku świadczenia przez Głównego Inspektora Nadzoru w specjalności inżynierskiej drogowej usługi nadzoru na placu budowy/biurze Inżyniera w określonych godzinach (nie określała również minimalnej ilości godzin/dni w miesiącu, jakie osoba ta miała przebywać w biurze Inżyniera), co oznacza, że Inspektor nadzoru miał możliwość świadczenia usług nadzoru (w tym

przygotowywania raportów, weryfikacji dokumentów, prowadzenia korespondencji) z dowolnego miejsca.

W Umowie Medyka-Zator, zgodnie z § 26 Godziny pracy, wskazano jedynie, Konsultant jest zobowiązany tak zorganizować codzienną pracę, aby uwzględnić czas pracy Wykonawców w stopniu zapewniającym należyte wykonywanie przez Konsultanta obowiązków wynikających zarówno z Umowy, obowiązującego prawa, jak i Kontraktu (Umowa z 24 czerwca 2020 r. o nr 2413.15.2019).

Inspektor nadzoru, zgodnie z wymaganiami tzw. klauzul społecznych określonych w Umowie Zator – Medyka został zatrudniony na podstawie umowy o pracę, jednak jego tryb pracy został określony jako zadaniowy, a nie ciągły (w określonych godzinach).

Od stycznia do marca 2021 r., czyli w okresie zimowym, roboty budowlane na obu inwestycjach nie były realizowane w sposób zintensyfikowany, co pozwalało Odwołującemu i Inspektorowi nadzoru, na organizację i koordynację pracy pozwalającą na wywiązywanie się z obowiązków wynikających z obu umów. Ze względu na sytuację epidemiologiczną w ramach inwestycji zrezygnowano ze spotkań oraz rad technicznych i budowy – (Raporty z postępów w ramach inwestycji Zator-Medyka, Notatka z narady technicznej z 28 stycznia 2021 r., z 4 lutego 2021 r., 11 lutego 2021 r., 18 lutego 2021 r., Dziennik budowy dla inwestycji realizowanej w ramach Umowy).

Udział Inspektora nadzoru w świadczeniu nadzoru na inwestycji Zator-Medyka był ograniczony do pojedynczych czynności (głównie o charakterze administracyjnym), co pozwalało mu na zaangażowanie się w świadczenie usługi nadzoru na rzecz ZDW Lublin.

Odwołujący miał możliwość organizacji pracy pozwalającej na udział Inspektora nadzoru w obu projektach. Ponieważ we wskazanym czasie roboty budowlane nie były prowadzone, jakkolwiek nieobecność któregośkolwiek z inspektorów na placu budowy, czy też w biurze Inżyniera nie miała żadnego znaczenia dla przebiegu procesu inwestycyjnego. Odwołujący w jakikolwiek sposób swoim zachowaniem nie przyczynił się do utrudnienia realizacji inwestycji budowlanej.

Inspektor nadzoru jest mieszkańcem Przemyśla, a zatem inwestycja Zator – Medyka była realizowana w niewielkiej odległości od jego miejsca zamieszkania, co pozwalało na ułożenie sprawnej współpracy z Odwołującym przy obu projektach. Miał możliwość stawienia się rano w biurze inżyniera Kontraktu celem podpisania/dostarczenia listy obecności oraz wykonania niezbędnych prac bez uszczerbku dla jakości prac świadczonych w ramach umowy. Inspektor nadzoru był obecny na radach budowy i radach technicznych, zatem wnioski Zamawiającego nie potwierdzają, że umowa została wykonana w sposób niezgodny z jej postanowieniami.

Zaniechanie wypełnienia żądania ZDW Lublin zmiany na stanowisku inspektora branży drogowej

ZDW Lublin wezwało Odwołującego do zmiany osoby Inspektora nadzoru na inną osobę spełniającą wymagania stawiane Inspektorowi nadzoru robót drogowych w terminie do 9 kwietnia 2021 r.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego pominął złożone przez Odwołującego 7 marca 2023 r. wyjaśnienia, w których Odwołujący w sposób szczegółowy opisał okoliczności związane z tą sytuacją oraz wskazał, że żądanie ZDW Lublin było nadmierowe oraz bezpodstawne (w umowie brak było regulacji, które uprawniałoby ZDW Lublin do sformułowania takiego żądania). Podstawą żądania zmiany były wyłącznie przesłanki związane z pełnieniem przez Inspektora nadzoru funkcji inspektora na inwestycji Zator-Medyka.

Odwołujący w korespondencji prowadzonej z ZDW Lublin, jak i w złożonych wyjaśnieniach wskazywał na bezpodstawność żądania, dokonanie zmiany członka zespołu personelu było niemożliwe z uwagi na okres pandemii i związane z tym trudności w zapewnieniu zastępstwa osoby na powyższe stanowisko.

Przebieg zdarzeń wskazanych w odwołaniu miał miejsce podczas jednego z największych lockdownów związanych z zapobieganiem rozprzestrzeniania się wirusa Sars-Cov-19, wobec tego Odwołujący miał ograniczoną możliwość przeprowadzenia rekrutacji, w tym nie miał możliwości organizacji spotkań z potencjalnymi kandydatami. Chodziło o pracownika na miejsce Inspektora nadzoru, czyli osoby posiadającej określone doświadczenie, kompetencje oraz uprawnienia budowlane. Zamawiający ocenił stan faktyczny w oparciu o aktualne ramy dla świadczenia usługi nadzoru.

Zamawiający nie wziął pod uwagę, że Odwołujący zaproponował ZDW Lublin, aby do realizacji zamówienia zostały dopuszczone dodatkowe osoby (2 inżynierów) spełniające minimalne wymagania określone w SWZ, a także posiadające uprawnienia, co pozwoliłoby na zapewnienie zastępstw w przypadku chorób, nieobecności lub niedyspozycji Pana C. podczas realizacji inwestycji. ZDW Lublin wyraził zgodę na wykonanie przez te osoby usługi nadzoru, ale jedynie w ograniczonym zakresie, jako personel pełniący dodatkowe funkcje.

Zamawiający nie wziął pod uwagę, że ZDW Lublin niejako nie pozostawił Odwołującemu wyboru co do sposobu organizacji pracy, np. wyłączenia Inspektora nadzoru z Umowy Zator-Medyka na poczet pełnowymiarowego zaangażowania się w realizację zadań wynikających z umowy (Pisma odwołującego z 3 lutego 2021 r.).

Nieobecność członków zespołu odwołującego na radach budowy oraz radach technicznych

Zamawiający powołał się na pisma ZDW Lublin z 18 marca 2021 r., z których wynikało, że o nienależytym wykonaniu Umowy przez Odwołującego świadczy okoliczność, że na radach budowy oraz radach technicznych, które miały miejsce w okresie od 7 stycznia 2021 r. do 22 lutego 2021 r. nie brali udziału wszyscy członkowie zespołu Odwołującego, a ZDW Lublin nie był poinformowany o ich nieobecności (strona 7, akapit drugi uzasadnienia wykluczenia odwołującego z postępowania).

Z powyższego akapitu wynika, że: „Wykonawca nie usprawiedliwił również nieobecności pozostałych członków zespołu na Radach budowy i Radach technicznych w okresie od 7 stycznia do 22 lutego 2022 r.”.

Odwołujący zaprzeczył tym twierdzeniom, bowiem na każdej radzie budowy i technicznej byli obecni członkowie personelu Odwołującego. Część personelu brała udział w radach w formie online ze względu na zachorowania na wirusa Sars-Cov-19 oraz konieczność pozostawania na kwarantannie – (Protokoły z rad technicznych w okresie styczeń – marzec 2021 r., Przykładowe listy obecności z rad budowy).

Odwołujący na bieżąco informował ZDW Lublin o zmianie sposobu organizacji spotkań przedstawicieli stron – (Pismo Odwołującego z 11 stycznia 2021 r. oraz z 1 lutego 2021 r.).

ZDW Lublin w korespondencji prowadzonej z Odwołującym nie zaprzeczył powyższym faktom. ZDW Lublin nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń co do prowadzenia i udziału personelu Odwołującego w naradach w formie wideokonferencji. Pierwszą i jedyną informacją, która została przekazana w formie pisemnej to pismo informujące o naliczeniu kary z 18 marca 2023 r., 3 miesiące od czasu rozpoczęcia umowy i organizowania w ten sposób narad.

Na stronie 8, akapit 1 uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazuje, że nie można zaakceptować, że Odwołujący zapewniał udział członków zespołu w radach technicznych, ponieważ: „Zamawiający nie akceptował uczestniczenia w Radach w formie on-line”. Umowa nie określała formy udziału w spotkaniach, więc Odwołujący nie naruszył jej postanowień. Zdarzenia miały miejsce podczas największego lockdownu, kiedy to uczestniczenie w wieloosobowych spotkaniach były ograniczane. Naliczane przez ZDW Lublin kary są niezasadne. Odwołujący kwestionuje podstawę faktyczną i prawną ich naliczenia.

Nieobecność p. Inspektora nadzoru na radach technicznych

Zamawiający wskazał na nieobecność Inspektora nadzoru robót drogowych na radzie technicznej w dniu 14.01.2021 r. oraz w dniu 21.02.2021 r. czyli w okresie, w którym zgodnie z informacją wskazaną przez GDDKiA przebywał na urlopie”. Te twierdzenia są nieprawdziwe. Inspektor nadzoru był obecny na obu ww. radach technicznych – (Notatka z rady technicznej z 14 stycznia 2021 r.).

Dokumenty obrazujące przebieg zachorowań na Sars-Cov-19 wśród personelu Odwołującego

Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedstawił dokumentów z ZUS potwierdzających, że członkowie jego personelu w omawianym okresie byli chorzy na Sars-Cov-19 lub odbywali kwarantannę i podnosi, że takie dokumenty przedstawione były jedynie dla Inspektora nadzoru. Jedynie Inspektor nadzoru pozostawał zatrudniony na podstawie umowy o pracę na potrzeby realizacji umowy. Pozostałe osoby współpracowały z Odwołującym na podstawie umów o współpracy lub umów zlecenia. Odwołujący nie posiada wglądu w ich dokumentację medyczną, a informacje zawarte w takich dokumentach stanowią dane wrażliwe nie podlegające przetwarzaniu. Odwołujący bazował na oświadczeniach tych osób o ich niedyspozycji. Chodzi o personel, który miał jakikolwiek kontakt z Inspektorem nadzoru. Odwołujący wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące instytucji wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła:

1. *„W celu skorzystania z przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający winien wykazać zaistnienie wszystkich podstaw wskazanych w tym przepisie, a w szczególności, że w konsekwencji niewykonania bądź nienależytego wykonania istotnej części zamówienia, nastąpiło rozwiązanie umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy lub doszło do zasądzenia odszkodowania od wykonawcy” (KIO 1725/21),*
2. *„Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek, a przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi ponadto wykazać, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, a zatem musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Aby to uczynić zamawiający musi się odwołać do konkretnych postanowień zawartej umowy, do których wykonawca się do nie dostosował. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że Zamawiający zobligowany jest wykazać, iż wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Treść art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy klasycznej, którego implementację stanowi art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp*

przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla Zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy.” (KIO 988/19)

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie udowodnił, że w sprawie wobec Odwołującego zmaterializowały się przesłanki wykluczenia z postępowania. Uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania stanowi de facto przywołanie treści korespondencji zebranej w sprawie oraz powielenie treści wypowiedzenia umowy przez ZDW Lublin uzupełnione o pojedyncze zdania stanowiące stanowisko własne Zamawiającego.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, że uznał, iż: *„istotnie nienależyte wykonanie umowy polegało na nieobecności inspektora nadzoru robót drogowych podczas wykonywania prac związanych z rozbudową drogi wojewódzkiej nr 835 zgodnie z warunkami określonymi w umowie, nieobecność Inspektora nadzoru robót drogowych na radach budowy, brak zamiany tego członka personelu na inną osobę zgodnie z żądaniem Zamawiającego, nieobecność członków personelu na radach budowy i Radach Technicznych co doprowadziło do rozwiązania umowy z Wykonawcą przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie.”*

Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący nieskutecznie wypowiedział ZDW Lublin umowę oświadczeniem z 20 kwietnia 2021 r., to powoduje, że Zamawiający nie wykazał skutecznego wypowiedzenia umowy przez ZDW Lublin 21 kwietnia 2021 r. Jeśli Odwołujący wypowiedział Umowę ZDW Lublin 20 kwietnia 2021 r., a zatem uległa ona rozwiązaniu, to z kolei ZDW Lublin nie mógł skutecznie wypowiedzieć umowy w dniu 21 kwietnia 2021 r., ponieważ dzień wcześniej straciła ona swój byt prawny. Z tej przyczyny wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie zostało wykazane przez Zamawiającego i nie jest uzasadnione.

Na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że oświadczenie Odwołującego o wypowiedzeniu Umowy ZDW Lublin 21 kwietnia 2021 r. było nieskuteczne. Zamawiający jest zobowiązany do wykazania się ziszczenia wszystkich przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp., m.in. rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Obowiązek udowodnienia nieskuteczności złożenia przez Odwołującego oświadczenia o wypowiedzeniu umowy ma kluczowe znaczenie dla sprawy.

Zakresem przesłanki wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp są jedynie sytuacje, w których do rozwiązania umowy dochodzi na skutek działania/czynności podjętej przez zamawiającego publicznego. Umowy, które uległy rozwiązaniu w wyniku inicjatywy wykonawcy nie mieszczą się w zakresie tej przesłanki wykluczenia. Z formalnego punktu

widzenia w sprawie nie doszło do materializacji warunków uprawniających Zamawiającego do skorzystania z instytucji wykluczenia. To Odwołujący jako pierwszy złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy, które to oświadczenie nie zostało w żaden sposób skutecznie podważone przez ZDW Lublin, jak i Zamawiającego.

Odwołujący w wypowiedzeniu umowy z 20 kwietnia 2021 r. wskazał, że był uprawniony do wypowiedzenia umowy z ZDW Lublin, ponieważ ZDW Lublin zaniechał wycofania żądania zmiany osoby Zespołu Inżyniera na stanowisku inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora). Przyczyną żądania zmiany ZDW Lublin podał fakt, iż powziął informację o pełnieniu przez Inspektora nadzoru funkcji Głównego Inspektora nadzoru specjalności drogowej w ramach Umowy Zator-Medyka. ZDW Lublin twierdził, że Inspektor nadzoru nie jest w stanie wypełniać obowiązków wynikających z Umowy, ze względu na wymóg dotyczący obecności Inżyniera nadzoru codziennie od 8:00 do 16:00 na terenie budowy. Do dnia choroby na wirusa Sars-Cov-19 Inżynier nadzoru wywiązywał się prawidłowo ze swoich obowiązków, co do których nie sformułowano żadnych zarzutów, więc Odwołujący uznawał stanowisko ZDW Lublin za całkowicie niezasadne. W efekcie podjętych decyzji i żądania zmiany, biorąc pod uwagę brak racjonalnych możliwości zastąpienia Inżyniera nadzoru inną osobą, ZDW Lublin uniemożliwił Odwołującemu dalszą realizację usługi.

Kolejną przesłanką wypowiedzenia umowy było uniemożliwienie wykonywania funkcji inspektora nadzoru robót drogowych, w tym obowiązków i uprawnień wynikających z art. 24 i 25 ustawy Prawo budowlane przez personel pomocniczy posiadający stosowane uprawnienia budowlane. Odwołujący w dniu 3 lutego 2021 r. zwrócił się do ZDW Lublin o akceptację dwóch osób w charakterze personelu dodatkowego. Zgłoszeni kandydaci posiadali wymagane prawem uprawnienia budowlane do pełnienia funkcji inspektora nadzoru w specjalności drogowej oraz aktualne wpisy do Izby inżynierów. Odwołujący zamierzał zapewnić należyty poziom realizacji usługi poprzez zwiększenie ilości osób pełniących funkcję nadzoru inwestorskiego dla wykonywanych robót drogowych w sytuacji pozostawania znacznej części personelu odwołującego na kwarantannie z uwagi na kontakt z osobą chorą na COVID-19, Inżynier nadzoru pozostawał na zwolnieniu lekarskim z uwagi na swój stan zdrowia. ZDW Lublin wyraził akceptację dla zgłoszonych osób z zastrzeżeniem, iż nie mogą oni pełnić obowiązków wynikających z przepisów Praw budowlanego nie podając przyczyn takiej decyzji.

ZDW Lublin uniemożliwił wykonywanie usługi Odwołującemu, ingerując w wyłączne kompetencje Odwołującego co do swobodnej organizacji pracy swojego zespołu i delegowania obowiązków. W sytuacji, w której Inżynier nadzoru był nieobecny wskutek zachorowania na COVID-19, świadczenie usługi przez Odwołującego bez zaangażowania

dodatkowego personelu było niemożliwe. To spowodowało, że Zespół Inżyniera pozbawiony był osoby wykonującej czynności inspektora nadzoru robót drogowych.

Ze względu na stan epidemiczny oraz zachorowania personelu, Odwołujący nie był w stanie zapewnić zastępstwa, o którym mowa w § 4 ust. 3 ustawy w okresie choroby Inżyniera nadzoru z przyczyn od siebie niezależnych.

Kolejną przesłanką wypowiedzenia umowy przez Odwołującego było zaniechanie złożenia przez ZDW Lublin oświadczenia o wycofaniu żądania zapłaty przez Odwołującego naliczonej pismem z dnia 18 marca 2021 r. kary umownej w wysokości 42.000 złotych i korekty do 0 zł wystawionej noty obciążeniowej. ZDW Lublin niezasadnie naliczył kary umowne za rzekome stwierdzone przypadki nieobecności personelu na odwołującego na radach budowy. Wbrew twierdzeniom ZDW Lublin przypadki nieusprawiedliwionej nieobecności personelu odwołującego nie miały miejsca. Personel odwołującego albo brał udział w spotkaniach w drodze online, co nie było wykluczone treścią umowy albo jego obecność była usprawiedliwiona z powodu wystąpienia choroby na COVID-19 tych osób. Naliczenie kar przez ZDW Lublin stanowiło jaskrawe przejaw naruszenia umowy, zwłaszcza w sytuacji, w której Odwołujący przedstawił ZDW Lublin szczegółową dokumentację wskazującą na występujące w Zespole Inżyniera przypadki choroby COVID-19.

Dalsza realizacja umowy prowadziłaby do ryzyka ponoszenia konsekwencji za okoliczności i zdarzenia (nieobecność personelu Odwołującego spowodowana stanem zdrowia), na które Odwołujący nie ma wpływu i generowałyby straty (Pismo odwołującego do ZDW Lublin z 20 kwietnia 2021 r.).

Wobec naruszenia przez ZDW Lublin i uniemożliwienia Odwołującemu realizacji przedmiotu Umowy, Odwołujący stał się uprawniony do wypowiedzenia Umowy pismem z 20 kwietnia 2021 r. i doprowadził do skutecznego rozwiązania umowy oraz zakończenia jej bytu prawnego.

Kilka dni po złożeniu oświadczenia o wypowiedzeniu umowy przez odwołującego, ZDW Lublin złożyło własne oświadczenie o wypowiedzeniu Umowy wskazując na rzekome uchybienia w wykonywaniu zobowiązań umownych przez odwołującego. Oświadczenie ZDW Lublin miało charakter wtórny i następczy wobec złożonego przez Odwołującego i jako takie nie wywoływało żadnych skutków prawnych. Umowa została skutecznie wypowiedziana przez Odwołującego 20 kwietnia 2021 r., więc wypowiedzenie Umowy przez ZDW Lublin było bezskuteczne.

Zamawiający nie podjął próby wykazania, że złożone przez Odwołującego oświadczenie o rozwiązaniu nie było skuteczne z uwagi na brak podstaw prawnych lub faktycznych.

Odwołujący wykazał w toku udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień, jak i w odwołaniu, że Inspektor nadzoru pełnił rolę inspektora nadzoru robót drogowych i poza okresem choroby

na Sars-Cov-19, był obecny w toku realizacji zamówienia oraz pełnił swoje obowiązki należycie. ZDW Lublin oraz Zamawiający nie wykazali, na czym miałyby polegać nienależyte wykonywanie obowiązków przez Inspektora nadzoru w okresie, w którym nie był chory na Sars-Cov-19. Inżynier nadzoru był obecny na budowie w wymaganym zakresie, a ponieważ omawiany okres obejmował okres zimowy, w którym nie prowadzono robót budowlanych, zakres robót drogowych praktycznie nie miał miejsca. ZDW Lublin nie było uprawnione do żądania zmiany Inspektora nadzoru, Odwołujący nie miał obowiązku zastosować się do takiego żądania. Ani ZDW Lublin, ani Zamawiający nie wykazali podstaw do żądania zmiany Inżyniera nadzoru, takimi podstawami nie mogło być zaangażowanie Inżyniera nadzoru w inne przedsięwzięcia Odwołującego, ani nieobecność Inżyniera nadzoru w trakcie choroby Sars-Cov-19. Pozostali członkowie personelu Odwołującego byli, wbrew zarzutom, obecni na radach budowy i radach technicznych w formie wideokonferencji, czego nie zabraniała umowa w sprawie zamówienia.

Zamawiający nie wykazał istotnego naruszenia przez Odwołującego zobowiązania wynikającego z umowy z ZWD Lublin, a także nieskuteczności wypowiedzenia Umowy przez Odwołującego 21 kwietnia 2021 r. Zamawiający nie wykazał podstaw do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

II. Naruszenie art. 109 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp

W sytuacji, w której Izba dojdzie do przekonania, że wobec Odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, to mając na uwadze opisane w zarzucie okoliczności towarzyszące zakończeniu realizacji Umowy, a także opisane trudności, z jakimi zmagał się Odwołujący w trakcie realizacji Umowy, w sprawie winien znaleźć zastosowanie przepis art. 109 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp byłoby nieproporcjonalną sankcją w stosunku do uchybień jakim rzekomo dopuścił się Odwołujący w trakcie realizacji Umowy. Jak wynika ze stanu faktycznego opisanego w pkt II.1 uzasadnienia odwołania jedynym przewinieniem Odwołującego było to, że nie był on w stanie dostosować organizacji pracy swojego personelu w trakcie okresu pandemii.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ma na celu eliminowanie z postępowania nierzetelnych wykonawców, których sposób świadczenia zamówień na rzecz podmiotów publicznych nie daje gwarancji należytego wykonania danej inwestycji, ma na celu

zablokowanie dostępu do zamówień wykonawcom, którzy dopuszczają się istotnych zaniechań w wykonywaniu obowiązków umownych. Przesłanka nie powinna mieć zastosowania do podmiotów, którym nienależyte wykonanie umowy zarzuca się na skutek okoliczności, na które nie mieli wpływu lub wpływ był znacząco ograniczony.

Zarzuty wobec Odwołującego związane ze sposobem realizacji umowy dotyczą zmiany formy prowadzenia spotkań, jednostkowych nieobecności zespołu czy też problemów w znalezieniu zastępstwa kluczowego członka zespołu w trakcie pandemii COVID-19. Nie są to naruszenia, które można uznać za rażące, czy też dotkliwe dla samego ZDW Lublin, nie prowadziły do powstania jakiegokolwiek szkody po stronie ZDW Lublin. W świetle powyższego istnieje możliwość skorzystania z instytucji z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp.

Przedstawione powyżej stanowisko Odwołującego znajduje poparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Na jego potwierdzenie Odwołujący przywołał poniższe orzeczenia.

1. Zamawiający może bowiem, przy zaistnieniu przewidzianego w tym przepisie stanu faktycznego, dokonać – w ramach uznania – wyboru jednego z dopuszczalnych następstw prawnych. Wyboru dokonuje się pomiędzy wykluczeniem a niewykluczeniem z postępowania. Zamawiający jednakowoż obowiązany jest ocenić, czy wykluczenie jest w oczywisty sposób nieproporcjonalne. Określenie „w sposób oczywisty nieproporcjonalne” jest zwrotem niedookreślonym. Wystąpienie tego pojęcia nieostrego pozostawia po stronie zamawiającego pewien zakres uznania, czy w konkretnym wypadku uznać stan faktyczny za istniejący. Należy też zaznaczyć, że zamawiający, zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy P.z.p., obowiązany jest do zachowania proporcjonalności przez cały czas prowadzenia postępowania. (KIO 3229/21);
2. Ustawodawca krajowy w art. 109 ust. 3 Ustawy wprowadził dodatkowy miernik, który zamawiający powinien uwzględnić przy ocenie wystąpienia fakultatywnej przesłanki wykluczenia z postępowania, przez konieczność oceny stopnia naruszeń, ich znaczenia dla uznania danego wykonawcy za niewiarygodnego, co stanowić powinno miarę proporcjonalności. Nie każde zatem uchybienie w realizacji umowy będzie automatycznie oznaczało, że wykonawca utracił wiarygodność. Powyższe nakłada na zamawiającego obowiązek dokładnego zbadania okoliczności, w jakich miało dojść do niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia, a następnie oceny w jakim stopniu może to wpłynąć na sposób wykonania zamówienia. (...)

Nie można zgodzić się z argumentem Odwołującego, iż dla spełnienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 5 Ustawy wystarczającym będzie jednokrotne, zawinione i poważne naruszenie obowiązków. Oceny przesłanki nie da się sprowadzić do takiego ogólnego wskazania, które nie uwzględnia szerszego spojrzenia na okoliczności, w jakich miało

dojść do naruszenia, jak również jego znaczenia na sposób spełnienia świadczenia. W ocenie składu orzekającego nie można przy tej ocenie pomijać tego, w jaki sposób wykonawca reagował na sytuację i czy reakcje te pozwoliły uchylić skutki naruszeń i jak wpływały one na osiągnięcie celu zamówienia. W badanej sprawie Zamawiający dysponował wyłącznie informacją o tym, że doszło do pewnych uchybień po stronie wykonawcy, bez wskazania jakie negatywne konsekwencje miało to dla umowy. Odpowiedź AP, w której potwierdza ono, iż nie wystąpiły inne zdarzenia w trakcie umowy, które miałyby wskazywać na nienależyte wykonanie zobowiązań wskazuje również na pozytywną ocenę zamawiającego, która została również potwierdzona w protokole przekazania obiektu – dokumencie stwierdzającym zakończenie wykonywania umowy. (...)

Dla oceny spełnienia przesłanki nie jest wystraszającym samo stwierdzenie, iż doszło do naruszenia obowiązków wykonawcy, konieczne jest bowiem przeprowadzenie dalszej analizy, która prowadziłyby do jednoznacznego wskazania na utratę wiarygodności wykonawcy. Celem wprowadzenia przesłanki fakultatywnej było umożliwienie zbadania wiarygodności w oparciu o dotychczasowy sposób wykonywania obowiązków zawodowych, czego nie można sprowadzać li tylko do wskazania naruszeń, jakie miały miejsce w innych zamówieniach (KIO 1939/22).

Mając na względzie całokształt okoliczności towarzyszących realizacji umowy zawartej z ZDW Lublin, wykluczenie Odwołującego z postępowania byłoby nieproporcjonalne do jego ewentualnego przewinienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 5 kwietnia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 5 kwietnia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy Konsorcjum: Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący w imieniu Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Miliarium Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który w piśmie z 29 marca 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania. w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zgodnie z art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożoną do akt sprawy, w tym dowodami dotyczącymi umowy z 11 grudnia 2020 r. realizowanej na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkim w Lublinie przez Odwołującego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy Pzp i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy Pzp, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia

odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożoną do akt sprawy, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba odniesie się do zarzutu Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez:

- niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do jej wypowiedzenia.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego niewykazania przez Zamawiającego, że Odwołujący nieskutecznie wypowiedział Umowę Izba stwierdza, że w dokumentach postępowania znajduje się pismo ZDW Lublin – oświadczenie o wypowiedzeniu umowy nr 29/U/2020 z 11 grudnia 2020 r. ze skutkiem natychmiastowym, w którym ZDW Lublin wskazał: *„Państwa wypowiedzenie umowy nr 29/U/2020 zawarte w piśmie z dnia 20 kwietnia 2021 r., znak PC/2021/0138/GM jak to już zostało wskazane na wstępie jest pozbawione podstaw faktycznych i prawnych, a tym samym nie wywołujące skutków prawnych. Stanowi ono także nadużycie przez Państwa przysługującego prawa podmiotowego, o czym mowa w art. 5 kodeksu cywilnego. Zawarte przez Państwa żądania, w skierowanym wezwaniu do współdziałania z dnia 9 kwietnia 2021 r., znak: PC/2021/0120/GM żądania były i są sprzeczne z postanowieniami „Umowy” oraz przepisami prawa. Żądanie zmiany osoby Zespołu Inżyniera na stanowisku Inspektora nadzoru robót drogowych (...) było zasadne, oparte na rzetelnych podstawach faktycznych oraz zgodne z postanowieniami Umowy oraz naruszałoby przepisy ustawy prawo zamówień publicznych doprowadzając do istotnej zmiany warunków umowy. Zgodnie z Umową Inspektor nadzoru inwestorskiego to członek zespołu Inżyniera Kontraktu nadzorujący Roboty w danej branży zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r. poz. 1186). Z kolei członkiem zespołu Inżyniera Kontraktu są osoby wskazane w § 4 ust. 1 pkt 1)-9) przy czym inspektorem nadzoru branży drogowej jest osoba, która posiada stosowne doświadczenie określone w SIWZ i nie ma możliwości ustanowienia takim inspektorem osoby o mniejszym doświadczeniu. Z zapisów umownych jasno wynika,*

że inspektorem nadzoru branży drogowej (koordynator) ma być obecny na terenie budowy lub w biurze Inżyniera codziennie od godziny 8 do 16. Gdyby dopuścić możliwość, zgodną z Państwa żądaniem, doszłoby do naruszenia art. 7 PZP, gdyż inni Wykonawcy składający oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogliby złożyć oferty o innej treści lub w postępowaniu wzięli by udział inni Wykonawcy. Z kolei wycofanie żądania zapłaty kar umownych jest co najmniej nieporozumieniem”.

W ocenie Izby okoliczności podnoszone przez Odwołującego w oświadczeniu z 20 kwietnia 2020 r. o wypowiedzeniu Umowy nie znalazły odzwierciedlenia w stanie faktycznym sprawy, zatem fakt złożenia przez Odwołującego oświadczenia o wypowiedzeniu Umowy w pierwszej kolejności ma wtórne znaczenie. Izba podkreśla jednak, iż ocena skuteczności lub braku skuteczności oświadczenia woli należy do sądu powszechnego.

Zamawiający fakt nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy ustalił na podstawie informacji i dokumentów przedstawionych przez ZDW Lublin – pisma z dnia 3 marca 2023 r., znajdującego się w aktach postępowania. Z oświadczenia ZDW Lublin – pismo z dnia 29 kwietnia 2021 r. wynika, że Umowa nr 29/U/2020 została wypowiedziana na podstawie § 14 ust. 6 lit. h), k) tiret pierwszy, l), § 14 ust. 8 lit. a), b), c). ZDW Lublin wskazał, że w trakcie realizacji Umowy wykonawca nie przestrzegał szeregu zapisów umownych, na które zamawiający zwracał wielokrotnie uwagę w trakcie trwania rad technicznych i rad budowy. Z oświadczenia z 29 kwietnia 2021 r. wynika, że ZDW Lublin wypowiedział umowę ze skutkiem natychmiastowym, zaś jako przyczynę wypowiedzenia umowy wskazano:

1. niezastąpienie inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) oraz specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczosci w rozliczaniu rzeczowo-finansowym róbót osobami posiadającymi doświadczenie punktowane nie gorzej niż osoby wskazane w ofercie; wskazywanym przez ówczesnego Zamawiającego powodem żądania zmiany inspektora nadzoru robót drogowych był fakt, że Inspektor Nadzoru Robót Drogowych pojawiał się na terenie budowy i biurze Inżyniera Kontraktu sporadycznie – przeważnie raz w tygodniu podczas, gdy zgodnie z umową zobowiązany był do codziennej obecności na budowie co najmniej w godz. 8-16, Inspektor był nieobecny w biurze budowy na kluczowych dla realizacji inwestycji Radach Technicznych. Zamawiający ustalił, że osoba wskazana na pełnienie tej funkcji równocześnie pełni funkcje inspektora nadzoru robót drogowych na innych inwestycjach;
2. niewskazanie na żądanie Zamawiającego innej osoby na stanowisko inspektora nadzoru robót drogowych;
3. nieobecność personelu na Radach Technicznych i Radach Budowy;

4. braki pomiarów kontrolnych w zakresie wynikającym z umowy – pomimo dwukrotnego wezwania Inżyniera Kontraktu do udokumentowania jakości wykonanych robót nie przedłożono pomiarów kontrolnych sprawdzenia jakości wykonania koryta pod konstrukcję nawierzchni na odcinku od km 109+800 do km 110-500 strona lewa lub ewentualnych wyjaśnień, jak również;
5. nienależyte wykonywanie obowiązków inżyniera w zakresie sprawdzania przez Zespół Inżyniera jakości wykonywanych robót oraz potwierdzenia ich zgodności wykonania z dokumentacją projektową.

Zamawiający dokonał analizy okoliczności, które stanowiły podstawę rozwiązania przez ZDW Lublin umowy zawartej z Odwołującym również na podstawie dokumentów przesłanych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie. W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, że po analizie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę oraz dokumentów przekazanych przez ZDW Lublin uznał, że Odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie, nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do wypowiedzenia przedmiotowej umowy. Istotne nienależyte wykonanie umowy polegało na:

1. nieobecności Inspektora nadzoru robót drogowych podczas wykonywania prac związanych z rozbudową drogi wojewódzkiej nr 835 zgodnie z warunkami określonymi w umowie,
2. nieobecności Inspektora nadzoru robót budowlanych na radach budowy,
3. braku zamiany tego członka personelu na inną osobę zgodnie z żądaniem zamawiającego,
4. nieobecność członków personelu na Radach budowy i Radach Technicznych co doprowadziło do rozwiązania umowy z Wykonawcą przez ZDW Lublin.

Zamawiający uznał informacje dotyczące okoliczności rozwiązania umowy z ZDW Lublin przekazane przez tego Zamawiającego oraz GDDKiA za wystarczające do wykluczenia Odwołującego z prowadzonego postępowania, natomiast nie uwzględnił wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego w piśmie z 7 marca 2023 r.

Izba biorąc pod uwagę powyższe okoliczności uznała, że Zamawiający wykazał zaistnienie wszystkich przesłanek, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp leżących u podstaw wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Zamawiający wskazał w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania, że do wypowiedzenia Umowy doszło w związku z brakiem należytego wykonywania obowiązków wynikających z umowy przez zespół inspektora nadzoru, który stanowi istotne nienależyte wykonanie umowy. Zamawiający w protokole Postępowania przytoczył również postanowienia § 14 ust. 6 lit. h), k) tiret pierwszy, l), § 14 ust. 8 lit. a), b), c) umowy zawartej

przez Odwołującego z ZDW Lublin, do których nie zastosował się Odwołujący. Jak wynika z § 14 ust. 6 lit h Umowy w przypadku, gdy Inżynier Kontraktu nie jest w stanie zapewnić zastępstwa osób, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1)-8) przez osoby spełniające wymagania określone w SWIZ, Zamawiający może podjąć decyzję o wypowiedzeniu Umowy. W myśl § 14 ust. 6 lit. l), Zamawiającemu przysługuje prawo wypowiedzenia Umowy, w przypadku niezastąpienia dotychczasowego inspektora nadzoru robót drogowych (koordynatora) oraz specjalisty ds. rozliczeń i sprawozdawczości w rozliczaniu rzeczowo-finansowym robót osobami posiadającymi doświadczenie punktowe nie gorzej niż osoby wskazane w ofercie (zgodnie z kryteriami oceny ofert). Zgodnie z postanowieniami Umowy w skład Zespołu Inżyniera wchodzi: m. in. Przedstawiciel Inżyniera oraz Inspektor nadzoru robót drogowych (Koordynator), Zgodnie z Umową uprawnieniem Zamawiającego jest możliwość zażądania w każdym czasie od Inżyniera Kontraktu zmiany członka Zespołu Inżyniera, jeżeli uzna, że nie wykonuje on swoich obowiązków wynikających z Umowy lub wykonuje je w sposób nienależyty. Podstawą żądania zmiany Inspektora nadzoru robót drogowych (Koordynatora) było powzięcie przez ZDW wiedzy, że Odwołujący zawarł umowę z GDDKiA Oddział w Rzeszowie na pełnienie nadzoru inwestorskiego podczas realizacji zadania rozbudowy drogi krajowej nr 28 Zator-Medyka. Obowiązki Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej pełnił Inżynier nadzoru z inwestycji ZDW Lublin.

W ocenie Izby nie zasługuje na aprobatę stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Inżynier nadzoru został zatrudniony na podstawie umowy o pracę przy realizacji Umowy Zator-Medyka, wykonuje pracę w trybie zadaniowym, nie w sposób ciągły (w określonych godzinach), jego udział na inwestycji Zator-Medyka był ograniczony do pojedynczych czynności (głównie o charakterze administracyjnym), a to pozwala mu na zaangażowanie się w świadczenie usługi nadzoru również na rzecz ZDW Lublin. W ocenie Izby powyższe stwierdzenie pozostaje w sprzeczności z postanowieniami § 13 ust. 4, 5 oraz ust. 7 Umowy Medyka – Zator. § 13 ust. 4 ww. Umowy przewiduje, że Konsultant na podstawie art. 36 a ust. 2 Pzp jest zobowiązany wykonać kluczową część zadania polegającą na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu, Głównego Inspektora Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej, Specjalisty ds. rozliczeń, Specjalisty ds. roszczeń oraz Technologa, związane z pełnieniem tych funkcji, opisanych w § 13-24. Zgodnie z ust. 5, Zamawiający wymaga, aby wszystkie osoby wykonujące funkcje objęte częścią zamówienia, o której mowa w ust. 4 były zatrudnione na podstawie umowy o pracę przez Konsultanta. Zgodnie z ust. 7, wszystkie osoby, których dotyczy obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, tj. wskazane w ust. 4, 5 i 6, przez okres realizacji usługi, do wydania Świadectwa Przejęcia będą

zatrudnione na podstawie umowy o pracę w wymiarze pełnego etatu, tzn. będą pełnili obowiązki we wszystkie dni robocze w miesiącu. § 11 ust. 14 ww. Umowy Medyka-Zator przewidywał, że osoby wchodzące w skład Personelu Kluczowego Konsultanta (w tym Główny Inspektor Nadzoru specjalności inżynierskiej drogowej) nie mogą w trakcie trwania umowy podejmować innych zajęć zarobkowych niezwiązanych z zakresem wykonywanych obowiązków w ramach umowy bez pisemnej zgody zamawiającego. Zgoda taka nie została udzielona. Ponadto stanowisko Odwołującego dotyczące możliwości zaangażowania inspektora nadzoru robót drogowych w realizację umów na dwóch inwestycjach pozostaje również w sprzeczności z informacją, jaką Zamawiający uzyskał od GDDKiA Oddział w Rzeszowie, że Inspektor nadzoru na inwestycji realizowanej przez GDDKiA był obecny każdego dnia tygodnia. Powyższe okoliczności zostały ustalone przez Izbę na podstawie umowy nr 2413.15.2019 zawartej przez Odwołującego z GDDKiA, załączonej do odwołania, pisma z 29 kwietnia 2021 r. – oświadczenia o wypowiedzeniu umowy nr 29/U/2020 z 11 grudnia 2020 r. oraz pisma GDDKiA Oddział w Rzeszowie z 01.03.2023 r., znak: O/Rz.KP-8.4181.1.15.2023.2, znajdujących się w aktach Postępowania.

W ocenie Izby, stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym nie jest możliwe, aby Inspektor nadzoru był obecny na obu inwestycjach jednocześnie i prawidłowo wykonywał określone przez Umowę obowiązki, jest prawidłowe. Tym bardziej, że jak wynika z dokumentów postępowania – informacja zawarta w piśmie ZDW Lublin z 29 kwietnia 2021 r. Inspektor nadzoru pełnił funkcję Inspektora nadzoru robót drogowych ponadto na dwóch innych inwestycjach realizowanych przez Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie.

W ocenie Izby również obecność zespołu Odwołującego, w tym Inspektora nadzoru robót budowlanych na radach budowy i radach technicznych w okresie od 7 stycznia do 22 lutego 2022 r. budzi wątpliwości. Odwołujący wskazując w odwołaniu, że na każdej radzie budowy i radzie technicznej byli obecni członkowie zespołu Odwołującego z tym, że z uwagi na zachorowania na wirusa Sars-Cov-19 oraz konieczność pozostawiania na kwarantannie część personelu brała udział w radach w formie online, przedstawił dowody związane z nieobecnością zespołu Odwołującego związaną z zachorowaniami na Covid-19 tylko w odniesieniu do Inżyniera nadzoru dotyczące jego nieobecności u Zamawiającego w dniach 19 marca - 30 kwietnia 2021 r.

Ponadto Izba wskazuje, że twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którymi Inspektor nadzoru był obecny na radach nadzoru w dniu 14.01.2021 r. oraz w dniu 21.02.2021 r. pozostają w sprzeczności z dowodem przedstawionym przez Odwołującego na rozprawie w dniu 6 kwietnia w postaci list obecności dotyczących Inżyniera nadzoru na budowie inwestora

ZDW Lublin, z których wynika, że Inżynier nadzoru w dniu 14 stycznia 2021 r. korzystał z urlopu wypoczynkowego.

W ocenie Izby, Zamawiający badając przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, dokonał prawidłowej oceny zaistnienia przesłanek wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Istotne nienależyte wykonanie umowy polegało na nieobecności inspektora nadzoru robót budowlanych podczas wykonywania robót drogowych podczas rozbudowy drogi wojewódzkiej nr 835 zgodnie z warunkami określonymi w umowie, nieobecności inspektora nadzoru robót budowlanych na radach budowy, brak zmiany tego członka personelu na inną osobę zgodnie z żądaniem Zamawiającego, nieobecność członków personelu na radach budowy i radach technicznych, co w konsekwencji doprowadziło do rozwiązania umowy z Odwołującym przez ZDW w Lublinie. Izba oceniając trafność stanowiska zamawiającego co do zaistnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, miała także na uwadze szereg okoliczności związanych nienależytym wykonaniem Umowy z ZDW Lublinie, wskazanych w oświadczeniu o wypowiedzeniu umowy nr 29/U/2020 z 11 grudnia 2020 r. ze skutkiem natychmiastowym: braki pomiarów kontrolnych w zakresie wynikającym z Umowy, nienależyte wykonywanie obowiązków inżyniera w zakresie sprawdzania przez Zespół Inżyniera jakości wykonywanych robót lub potwierdzenia ich zgodności z dokumentacją projektową (pismo ZDW Lublin z 29.04.2021 r.).

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności, Izba uznała, że zarzut odwołującego dotyczący bezpodstawnego przyjęcia przez Zamawiającego, że wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu nienależycie wykonał wcześniejszą umowę (umowę zawartą z ZDW w Lublinie) w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do jej wypowiedzenia był niezasadny.

W odniesieniu do drugiego z zarzutów w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez:

- niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku z bezpodstawnym przyjęciem, że Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do jej wypowiedzenia, kiedy to wykluczenie Odwołującego z postępowania jest nieproporcjonalne do okoliczności związanych z ewentualnym zawinieniem Odwołującego Izba wskazuje, że w jej ocenie niezasadny okazał się również drugi z zarzutów.

W świetle art. 109 ust. 3 Pzp, w przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób

oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Izba wskazuje, że decyzja o odstąpieniu od wykluczenia należy do Zamawiającego, który może ją podjąć tylko w sytuacji, gdy wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne. Zamawiający może dokonać wyboru jednego z dopuszczalnych następstw prawnych, wskazanych w przepisie art. 109 ust. 3 ustawy Pzp, wykluczenia lub niewykluczenia z postępowania, ale tylko pod warunkiem zaistnienia przewidzianego w tym przepisie stanu faktycznego. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający musiałby dojść do przekonania, że stopień i zakres nienależytego wykonania wcześniejszej umowy nie były znaczne. Jednakże z uzasadnienia wykluczenia Odwołującego wynika, że uchybienia Odwołującego były znaczne, a w konsekwencji stanowiły przyczynę rozwiązania Umowy, ich skutkiem była konieczność zawarcia przez ZDW Lublin umowy z nowym wykonawcą. Z uwagi na wskazany powyżej zakres nienależytego wykonania przez Odwołującego umowy z ZDW Lublinie wykluczenie Odwołującego z postępowania było proporcjonalne do wykazanych nieprawidłowości w realizacji umowy.

W analizowanej sprawie, odwołanie okazało się niezasadne. Wobec powyższego odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie i wydatki oraz koszty jednego pełnomocnika w wysokości 3600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....