

Sygn. akt: KIO 988/19

WYROK

z dnia 14 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 czerwca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 maja 2019 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum: Balzola Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A., Hiszpania,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Szczecin,**

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A., z siedzibą w Warszawie oraz konsorcjum: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i Aldesa Construcciones, Hiszpania i Coalvi S.A., Hiszpania,** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 988/19 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (i) dokonanie unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Balzola Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A., Hiszpania, a w konsekwencji unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty; (ii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miasto Szczecin i :**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Balzola Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A., Hiszpania** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **zamawiającego Gminy Miasta Szczecin** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Balzola Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones y Promociones Balzola S.A., Hiszpania** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 30 maja 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Warszawa, Balzola Polska sp. z o.o., Construcciones y Promociones Balzola S.A., Hiszpania (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Gminie Miastu Szczecin(dalej „**Zamawiający**”) w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn., „Budowa torowiska do nowej pętli tramwajowej Mierzyn (przy CH Ster) w Szczecinie'1, numer sprawy BZP/126/18, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz.U. UE z 16.10.2018 nr 2018/S 199-449793 (dalej „**Postępowanie**”) naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz poprzez błędne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania ponieważ w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie dotyczące „Budowy trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu” na podstawie umowy zawartej ze spółką Inwestycje Wrocławskie sp. z o.o. oraz zamówienie dotyczące „Przebudowy trasy tramwajowej w ul. Dąbrowskiego od ul. Botanicznej do ul. Żeromskiego wraz z węzłem” na podstawie umowy zawartej ze spółką Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. oraz mógł skorzystać z procedury określonej w przepisie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (self-cleaning) i przedstawić dowody w celu wykazania, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, podczas gdy przywołane przez Zamawiającego okoliczności związane z realizacją ww. umów nie wypełniają znamion art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym wobec Odwołującego nie zachodzą podstawy wykluczenia ani obowiązek przeprowadzenia procedury opisanej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp;
- 2) art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz poprzez błędne uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania ponieważ z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania ponieważ zgodnie z wiedzą Zamawiającego Odwołujący był stroną

dwóch umów w sprawie zamówienia publicznego, w których doszło do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a w ocenie Zamawiającego w przypadku umowy dotyczącej „Budowy trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu” oraz umowy „Przebudowy trasy tramwajowej w ul. Dąbrowskiego od ul. Botanicznej do ul. Żeromskiego wraz z węzłem”², doszło do nienależytego wykonania umowy w stopniu istotnym oraz mógł skorzystać z procedury określonej w przepisie art. 24 ust. 8 PZP (self-cleaning) i przedstawić dowody w celu wykazania, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, podczas gdy przywołane przez Zamawiającego okoliczności związane z realizacją ww. umów nie wypełniają znamion art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Pzp, a tym samym wobec Odwołującego nie zachodzą podstawy wykluczenia ani obowiązek przeprowadzenia procedury opisanej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp; a w konsekwencji,

- 3) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz poprzez błędne uznanie, że skoro Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania, to jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą a w konsekwencji oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w Postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o: (i) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie; (ii) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania oraz dowodów przywołanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu; (iii) na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp o wyłączenie jawności części rozprawy dotyczącej wszystkich informacji i dokumentów objętych przez Odwołującego klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” odnoszących się do wyjaśnień z 10 maja 2019 r. oraz informacji zastrzeżonych i oznaczonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w niniejszym odwołaniu; (iv) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu badania i oceny oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny oferty; (v) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał co następuje:

Uwagi dotyczące jawności rozprawy i dokumentów postępowania

Odwołujący wskazał, że treść odwołania od str. 14 do str. 32 włącznie odnosi się do informacji zastrzeżonych i stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji, z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wnosi na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1092) o nieudostępnianie uczestnikom postępowania dokumentów objętych przez Odwołującego klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, iż opisane w treści niniejszego odwołania okoliczności, dotyczą m.in. prowadzonych sporów sądowych, tym samym stanowią informacje posiadające dla Odwołującego wartość gospodarczą i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419 ze zm.). Odwołujący powołała się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 października 2013 r. (sygn. akt I OSK 1719/13) oraz wyrok TS w sprawie C-450/06 z 14 lutego 2008 roku.

Dalej Odwołujący wskazał, że do upływu terminu składania ofert w Postępowaniu zostało złożonych 6 ofert, przy czym biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert w Postępowaniu i okoliczności, iż wszyscy wykonawcy zaoferowali identyczne warunki w kryteriach pozacenowych, oferta Odwołującego jako oferta z najniższą ceną, winna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

W dniu 7 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w tym poinformował, iż posiada wiedzę o dwóch umowach których stroną był Odwołujący tj.: (i) „Przebudowa trasy tramwajowej w ul. Dąbrowskiego od ul. Botanicznej do ul. Żeromskiego wraz z węzłem” - umowa zawarta ze spółką Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. (dalej „**Inwestycja Poznań**”); (ii) „Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu” - umowa zawarta ze spółką Inwestycje Wrocławskie sp. z o.o. (dalej „**Inwestycja Wrocław**”) od których zamawiający odstąpili z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, wobec odwołującego mogą zachodzić przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp, a wykonawca może skorzystać z procedury opisanej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (self-cleaning).

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący przedstawił obszernie wyjaśnienia oraz opisał zarówno okoliczności związane z realizacją umowy w Poznaniu oraz umowy we Wrocławiu oraz wyjaśnił, że zważywszy na opisane okoliczności prawne i faktyczne wobec Odwołującego nie zachodzą przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 ustawy Pzp, a tym samym nie ma również podstaw do przeprowadzenia procedury self-cleaning. Dowód: Pismo Odwołującego z dnia 10 maja 2019 r. (w aktach Postępowania).

Odwołujący wskazał, że pismem z 20 maja 2019 r. („**Zawiadomienie**”) Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty ponieważ w ocenie Zamawiającego, wobec Odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, iż w ramach wyjaśnień przedłożonych Zamawiającemu w dniu 10 maja 2019 r. poinformował Zamawiającego, iż:

- 1) na zlecenie spółki Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. działającej w imieniu i na rzecz Miasta Poznań („**Zamawiający Poznań**”) na podstawie umowy z dnia 17 marca 2015 r., realizował Inwestycję Poznań.
- 2) na zlecenie spółki Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o., działającej w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji SA z siedzibą we Wrocławiu („**Zamawiający Wrocław**”) na podstawie umowy z dnia 25 sierpnia 2017 r., realizował Inwestycję we Wrocławiu.

Zarówno w przypadku umowy dotyczącej Inwestycji we Wrocławiu jak i Inwestycji w Poznaniu oświadczenia o odstąpieniu od umów złożył Odwołujący, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (Poznań) i Zamawiającego (Wrocław) jak i Zamawiający (Poznań) i Zamawiający (Wrocław), z przyczyn rzekomo zależnych od Odwołującego. W przypadku obu inwestycji Odwołujący kwestionował i kwestionuje zasadność i skuteczność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (Poznań) jak i zasadność i skuteczność odstąpienia przez Zamawiającego (Wrocław) i w obu przypadkach strony pozostają obecnie w sporze co do zasadności i skuteczności złożonych zarówno przez Zamawiającego (Poznań) jak i Zamawiającego (Wrocław) oświadczeń o odstąpieniu od umowy, a w ramach toczących się sporów nie zostały wydane wiążące rozstrzygnięcia.

Jednocześnie Odwołujący stanowczo zaprzeczył jakoby, zarówno w przypadku Inwestycji w Poznaniu jak i Inwestycji we Wrocławiu, doszło do zawinionego poważnego naruszenia

obowiązków zawodowych (w szczególności nie miała miejsce sytuacja, w której w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Odwołujący nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie) lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu umowy o zamówienie publiczne z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, co w efekcie miałyby doprowadzić do rozwiązania umowy. W żadnym z powyższych przypadków nie doszło również do zasądzenia odszkodowania. Z powyższego względu wobec Odwołującego nie zachodzą podstawy do wykluczenia w oparciu o przesłanki wykluczenia określone w przepisach art. 24 ust. 5 pkt 2 lub art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Dowód: Pismo Odwołującego z dnia 10 maja 2019 r. (w aktach Postępowania).

Odwołujący wskazał, że w treści przedłożonych wyjaśnień, w sposób wyczerpujący odniósł się zarówno do argumentacji prawnej jak i okoliczności faktycznych związanych z realizacją zarówno Inwestycji w Poznaniu jak i Inwestycji we Wrocławiu oraz przedstawił dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zamawiający, w treści Zawiadomienia, w nawet nie wspominał ani w żaden sposób nie odniósł się do twierdzeń i wyjaśnień Odwołującego, dając bezkrytycznie wiarę dokumentom pozyskanym od Zamawiającego (Poznań) i Zamawiającego (Wrocław).

Odwołujący wskazał, iż informacje zawarte w JEDZ (część III C) oraz oświadczenie dotyczące rozwiązania wcześniejszej umowy przed czasem jest składane przez Wykonawcę w celu ustalenia, czy zachodzi wobec wykonawcy przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp, a tym samym oświadczenie zawarte w JEDZ dotyczy poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w sposób zawiniony przez wykonawcę lub wcześniejszych umów o zamówienie publiczne, które z przyczyn leżących po stronie wykonawcy zostały niewykonane lub wykonane nienależycie w stopniu istotnym, co skutkowało rozwiązaniem umowy lub zasądzeniem odszkodowania. Tym samym, w przypadku w którym takie zawinione przez wykonawcę działania miały miejsce, a wykonawca takie okoliczności potwierdza, to wówczas zobowiązany jest opisać je w JEDZ. Jednocześnie, w przypadku uznania swojej winy lub braku kwestionowania swojej winy wykonawca może skorzystać z procedury określonej w przepisie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp w celu wykazania, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. A contrario, w przypadku gdy wykonawca kwestionuje okoliczności prawne i faktyczne, które legły u podstaw rzekomego poważnego i zawinonego naruszenia obowiązków zawodowych lub rozwiązania wcześniejszych umów o zamówienie publiczne z przyczyn rzekomo zależnych od wykonawcy, to nie ma podstaw ku temu, aby w JEDZ składał oświadczenie sprzeczne z prezentowanym stanowiskiem. W konsekwencji również nie ma podstaw do zastosowania procedury samooczyszczenia (seff-cleaning) zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się do kwestii naruszenia art. 24 ust. 8 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że procedura „samoczyszczenia” (self-cleaning) winna dotyczyć wyłącznie wykonawców w przypadku których jednoznacznie oraz ponad wszelką wątpliwość, np. na skutek wydanego wyroku sądowego, stwierdzono, iż rozwiązanie umowy o zamówienie publiczne wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy lub wykonawców, którzy nie kwestionują swojej winy związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Ponieważ, w ocenie Odwołującego, z opisanych poniżej względów, nie dopuścił się on poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych (nie jest winny poważnego wykroczenia zawodowego) oraz żadna z realizowanych przez niego umów o zamówienie publiczne, w tym umowy dotyczące Inwestycji w Poznaniu i Inwestycji we Wrocławiu nie zostały rozwiązane z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, w JEDZ Wykonawca złożył oświadczenie, iż taka sytuacja w jego przypadku nie zachodzi. W konsekwencji powyższego Odwołujący nie był również uprawniony lub zobowiązany do przeprowadzenia samoczyszczenia (self-cleaning), a wykluczenie Odwołującego jest bezzasadne.

Uzasadnienie dot. naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że przesłanki określone przepisem art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz pkt 4 ustawy Pzp dotyczą sytuacji związanych z zawinionym przez wykonawcę nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem innej umowy w sprawie zamówienia publicznego, które można określić, jako "zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych" (pkt 2) oraz tych, które doprowadziły do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania (pkt 4). Zważywszy, że Zamawiający w tych samych okolicznościach (tj. wypowiedzenie umowy o zamówienia publiczne przez Zamawiającego (Poznań) oraz Zamawiającego (Wrocław)) upatruje zarówno wypełnienia przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 PZP, jak i z art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP, Odwołujący wskazał, iż odniesie się do obu przesłanek łącznie.

Odwołujący wskazał, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp może nastąpić jedynie w przypadku łącznego spełnienia przesłanek określonych przez ustawodawcę w tym przepisie: (i) naruszenie przez wykonawcę obowiązków zawodowych; (ii) które nastąpiło z winy wykonawcy; (iii) ma charakter poważny, (iv) w konsekwencji podważa jego uczciwość.

Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. sygn. C- 465/11 (Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczta Polska SA), w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł że: „stwierdzenie istnienia poważnego wykroczenia

wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W tym względzie pojęcia »poważnego wykroczenia« nie można zastępować pojęciem »okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność« dany wykonawca».

W ocenie Odwołującego pomimo obowiązku przeprowadzenia zindywidualizowanej oceny zachowania wykonawcy Zamawiający opiera swoje stanowisko i decyzję o wykluczeniu Odwołującego wyłącznie na oświadczeniach i szczątkowych informacjach przekazanych przez Zamawiającego (Wrocław) i Zamawiającego (Poznań) oraz stwierdzeniu, że do odstąpienia od obu umów doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Zamawiający pomija zatem fakt, iż poważne naruszenie przez wykonawcę obowiązków zawodowych, które nastąpiło z jego winy odnosi się do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Konieczne jest każdorazowe wykazanie winy wykonawcy kwalifikowanej jako umyślna (sprawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność). W ocenie Odwołującego przesłanka wykluczenia określona w przepisie art. 25. ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp będzie dotyczyła zatem jedynie sytuacji, w których odstąpienie od umowy przez zamawiającego było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy, a zatem znacznie węższego kręgu okoliczności, niż w przypadku odstąpienie od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W zakresie zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 PZP Odwołujący wskazał, że aby dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie wszystkie określone w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp przesłanki muszą zaistnieć łącznie tj.: (i) niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4); (ii) które nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; (iii) istotny stopień niewykonania lub nienależytego wykonania tej umowy; (iv) a także będące tego skutkiem rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania.

W ocenie Odwołującego wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Konieczne jest wykazanie, że do rozwiązania umowy (zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Ponadto konieczne jest wykazanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało miejsce w istotnym stopniu, co oznacza, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy.

W zakresie przesłanki opisanej w art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Pzp w treści Zawiadomienia Zamawiający powołał się wyłącznie na okoliczności dotyczące realizacji Umowy Wrocław, niemniej jednak z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący odniesie się zarówno do okoliczności związanych z rozwiązaniem obu umów tj. Umowy Wrocław i Umowy Poznań. Podobnie jak w przypadku przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy Pzp, uzasadniając wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Pzp Zamawiający oparł się wyłącznie na twierdzeniach i stanowisku Zamawiającego Wrocław, zupełnie pomijając stanowisko i twierdzenia Odwołującego przedstawione wyjaśnieniach 10 maja 2019 r. Innymi słowy, Zamawiający opiera wykluczenie Odwołującego wyłącznie na fakcie, iż doszło do rozwiązania umowy (odstąpienia) przez Zamawiającego (Wrocław), z powołaniem się wyłącznie na stanowisko tego zamawiającego. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 8 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 2711/17).

W ocenie Odwołującego sama okoliczność, iż to Zamawiający (Wrocław) odstąpili od umów o zamówienie publiczne z przyczyn rzekomo zależnych od Wykonawcy w żadnym przypadku nie dowodzi i nie przesądza o tym, że automatycznie zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 2 lub 4 ustawy Pzp. Nie do zaakceptowania jest bowiem pogląd, iż wystarczającym dowodem nienależytego wykonania umowy z winy wykonawcy bądź, w istotnym stopniu, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, które doprowadziło do jej rozwiązania jest oświadczenie zamawiającego. Takie działanie oznaczałoby sprowadzenie przesłanki wykluczenia wyłącznie do negatywnej oceny uprzednio wykonywanej dla zamawiającego umowy i arbitralnej oceny nienależytego wykonania umowy, której przejawem było złożenie oświadczenia o odstąpieniu, abstrahując od okoliczności faktycznych związanych z realizacją danego zamówienia. Co więcej, nie można domniemywać, iż wypowiedzenie umowy przez zamawiającego, który twierdzi iż nastąpiło ono z przyczyn zależnych od wykonawcy może równać się udowodnionemu faktycznie nienależytemu wykonaniu. Oświadczenie woli zamawiającego o odstąpieniu od umowy jest jedynie poglądem strony odstępującej i nie stanowi dowodu na nienależytość wykonania, (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2017 r. KIO 741/17).

Odwołujący podkreślił, iż w całości zakwestionował zasadność i skuteczność odstąpienia od umów przez Zamawiającego (Poznań) oraz Zamawiającego (Wrocław), a tym samym w pełni kwestionuje twierdzenie, iż odstąpienia od obu umów wynikały z okoliczności leżących po stronie Odwołującego. W przypadku Inwestycji w Poznaniu okoliczności, które legły u podstaw odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (Poznań) są kwestionowane w ramach sporów sądowych toczących się przed Sądem Okręgowym w Poznaniu z powództwa Odwołującego o zapłatę (sprawa o sygnaturze: IX GC 1145/16/3 oraz IX GC 1058/18/6). W ramach obydwu

powództw Odwołujący dochodzi roszczeń pieniężnych, kwestionując zasadność nałożonej na Odwołującego kary umownej za rzekome odstąpienie od umowy przez Zamawiającego (Poznań) oraz potrącenia dokonane przez Zamawiającego (Poznań) na poczet kary umownej, a tym samym kwestionuje zasadność i skuteczność samego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (Poznań), którego konsekwencją było bezzasadne obciążenie Odwołującego karą umowną. W przypadku Inwestycji we Wrocławiu Odwołujący kwestionuje zasadność i skuteczność odstąpienia Zamawiającego (Wrocław) od umowy, przy czym strony poddały spór pod rozstrzygnięcie mediatora w ramach postępowania mediacyjnego.

W ocenie Odwołującego istniejące pomiędzy stronami spory co do zasadności i skuteczności złożonych oświadczeń o odstąpieniu od umów oraz podstaw faktycznych i prawnych odstąpienia (a tym samym zakwestionowania niewykonania bądź nienależytego wykonania umów, z przyczyn zależnych od Odwołującego) zostały poddane pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego (Inwestycja w Poznaniu) oraz mediacji, jako procedury polubownego rozstrzygnięcia sporu (Inwestycja we Wrocławiu). Zamawiający w toku Postępowania nie ma zatem uprawnień do rozstrzygnięcia o winie Odwołującego i niejako „wyręczania” organów i instytucji posiadających kompetencje do zbadania okoliczności faktycznych i prawnych, które legły u podstaw sporu.

Odwołujący powołał się na orzeczenia TSUE z 24 października 2018 r. (sygn. akt C-124/17). W wyroku tym Trybunał wskazał na datę, od jakiej powinno się liczyć okres, w którym wykonawca może podlegać wykluczeniu z postępowania. Jak podkreślił TSUE: okres pięciu lat powinien być liczony od daty skazania tym prawomocnym wyrokiem, bez względu na datę, w której miały miejsce okoliczności faktyczne leżące u podstaw tego skazania. Tym samym w odniesieniu do tych podstaw wykluczenia okres ten oblicza się od daty przypadającej niekiedy sporo po popełnieniu czynów wypełniających znamiona naruszenia. Jest to o tyle istotne, iż w przypadku umowy dotyczącej Inwestycji w Poznaniu Odwołujący w całości kwestionuje podstawy faktyczne i prawne, a tym samym zasadność i skuteczność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (Poznań), a wszelkie roszczenia Odwołującego wobec Zamawiającego (Poznań) są objęte sporem sądowym toczącym się przed Sądem Okręgowym w Poznaniu, a sprawie nie zapadł jeszcze wyrok, w tym nawet nieprawomocny. Oznacza to, że nie ziszczyły się przesłanki do wykluczenia z Postępowania, o których wspomina Trybunał. Podobnie, Odwołujący w całości kwestionuje zasadność i skuteczność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (Wrocław) w ramach toczącego się obecnie postępowania polubownego.

W ocenie Odwołującego na zasadność powyższej argumentacji wskazuje także m.in. przygotowana przez Urząd Zamówień Publicznych instrukcja wypełnienia JEDZ, w której w

objaśnieniach sposobu wypełnienia poszczególnych rubryk JEDZ, w zakresie przesłanki wykluczenia dot. poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, wskazuje się na konieczność wydania prawomocnego orzeczenia sądowego potwierdzającego winę wykonawcy (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczta Polska SA). Odwołujący powołał się na również na wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r. sygn. akt KIO 2095/17.

W ocenie Odwołującego na gruncie przesłanki opisanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stopień istotności niewykonania umowy jest jednym z warunków uznania, iż przesłanka ta może w ogóle znaleźć zastosowanie. Nawet w przypadku przyjęcie założenia, że doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania omawianych umów z przyczyn leżących po stronie Odwołującego (czemu Odwołujący zaprzecza) to stopień zaawansowania realizacji obu inwestycji, zarówno w zakresie rzeczowym jak i finansowym, pozwala stwierdzić, iż takie niewykonanie nie może być kwalifikowane jako niewykonanie w stopniu istotnym. Inwestycja w Poznaniu została bowiem prawie w całości zrealizowana przez Wykonawcę, gdzie zaawansowanie robót wynosiło ca 95%. Podobnie w przypadku Inwestycji we Wrocławiu, gdzie zaawansowanie robót wynosiło ponad 75%. Rozwiązanie umowy dotyczącej Inwestycji w Poznaniu oraz umowy ws. Inwestycji we Wrocławiu nie wiązało się również z „zasądzeniem odszkodowania”, które należy kwalifikować jako wydanie przez uprawniony organ sądowy prawomocnego orzeczenia w przedmiocie uznania za zasadne roszczeń zamawiającego wobec wykonawcy.

Szczegółowe uzasadnienie dotyczące okoliczności związanych z realizacją Inwestycji we Wrocławiu (umowa na „Budowę trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu”)

W ocenie Odwołującego stan faktyczny dotyczący umowy nie pozwala na uznanie, że rozwiązanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego ani też że doszło do zawinonego przez Odwołującego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, iż zachodzą wobec Odwołującego przesłanki wykluczenia z Postępowania oparte o przepis art. 24 ust. 5 pkt 2 lub pkt 4 ustawy Pzp.

Umowa dotycząca realizacji Inwestycji we Wrocławiu została zawarta 25 sierpnia 2017 r. a jej przedmiotem było wykonanie robót budowlanych związanych z budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu. W trakcie realizacji inwestycji wystąpił szereg okoliczności, utrudniających lub uniemożliwiających wykonawcy prawidłowe wykonania umowy, co skutkowało m.in. podpisaniem przez strony umowy łącznie

trzech aneksów do umowy, które nie wyczerpały roszczeń terminowych i finansowych Wykonawcy, wynikających z niemożliwych do przewidzenia warunków realizacji, w szczególności nadzwyczajnej ilości utrudnień i kolizji w toku budowy, skutkujących między innymi koniecznością realizacji dodatkowych i zamiennych robót.

Odwołujący wskazał, że mając na względzie brak stosowania się przez Zamawiającego (Wrocław) do umownej procedury zmian do umowy, pomimo upływu ustalonych terminów umownych oraz składanych przez wykonawcę wniosków o dokonanie zmiany w procedurze przewidzianej w umowie, wykonawca w dniu 8 października 2018 r. wystąpił z zawiązaniem do zawarcia próby ugodowej zmierzającej do zawarcia ugody w zakresie przedłożonych przez wykonawcę roszczeń czasowych i terminowych jako optymalnego sposobu uniknięcia angażującego sporu sądowego. Na dzień niniejszego pisma Postępowanie ugodowe nie zostało zakończone.

Dnia 5 grudnia 2018 r. Zamawiający (Wrocław) złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, zgodnie z którym Zamawiający (Wrocław) odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Dnia 11 grudnia 2018 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu (Wrocław) swoje stanowisko odnośnie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, w którym uznał oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od umowy za nieważne, nieskuteczne ze względów formalnych jak też i całkowicie bezzasadne. Dowód: pismo Odwołującego - odpowiedź na odstąpienie od umowy (Załącznik nr 2 do pisma Odwołującego z 10 maja 2019 r. — w aktach Postępowania).

W ocenie Odwołującego o nieważności, bezskuteczności oraz braku zasadności odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (Wrocław) świadczą przywołane poniżej okoliczności. Po pierwsze, odstąpienie Zamawiającego (Wrocław) o odstąpieniu jest dotknięte sankcją bezwzględnej nieważności. Oświadczenie o odstąpieniu zostało złożone przez Prezesa Zarządu spółki Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o., pełniącą funkcję Inżyniera Kontraktu, który działał na podstawie pełnomocnictwa nr 18/1V/Z/17 z dnia 19 lipca 2017 r. udzielonego przez Prezydenta Miasta Wrocławia, nie w imieniu własnym, ale w imieniu i na rzecz bezpośredniego beneficjenta tj. Gminy Wrocław. Zakres udzielonego pełnomocnictwa nie obejmował możliwości ani rozwiązania ani odstąpienia od umowy, tym samym Inżynier Kontraktu nie został umocowany do złożenia oświadczenia o odstąpieniu. W konsekwencji, zgodnie z art. 104 zd. 1 KC jednostronna czynność prawna jaką jest złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny, art. 104 Kodeksu cywilnego („KC

II) (...) wyraża zasadę, że czynności jednostronne fałszywego pełnomocnika są bezwzględnie nieważne i osoba, w imieniu której działał rzekomy pełnomocnik, nie może ich potwierdzić" (K. Osajda (red.) Kodeks Cywilny. Komentarz. Komentarz do art. 104, wyd C.H. Beck 2014). Nie jest zatem możliwe ani sanowanie, ani następcze lub konkludentne potwierdzenie oświadczenia o odstąpieniu przez zamawiającego. Po drugie, w postanowieniach umownych regulujących podstawy odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (Wrocław) nie określono terminu końcowego do wykonania umownego prawa odstąpienia (395 §1 KC). Termin, o którym mowa w art. 395 § 1 KC, jest terminem końcowym (dies ad quem) i zarazem terminem zawitym do wykonywania uprawnienia kształtującego. Ten element umownego prawa odstąpienia ma charakter iuris cogentis, stąd też jego brak, na mocy art. 58 § 3 KC, powoduje nieważność zastrzeżenia prawa odstąpienia. W przeciwnym razie zastrzeżenie bezterminowego prawa odstąpienia od umowy zupełnie unicestwiłoby stabilność sytuacji prawnej stron. Tym samym nieważne jest postanowienie, które daje jednej lub obu stronom nieograniczone terminem uprawnienie do odstąpienia od umowy. Brak określenia terminu na dokonanie odstąpienia powoduje, iż na mocy art. 58 §3 KC, tak zastrzeżone prawo odstąpienia jest nieważne. W ocenie Odwołującego, już tylko z powyższych względów należy stwierdzić, iż nie doszło do skutecznego odstąpienia od umowy (rozwiązania umowy przed czasem), co stanowi jedną z przesłanek zastosowania art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący wskazał, że okolicznością przywołaną przez Zamawiającego (Wrocław) w oświadczeniu o odstąpieniu jak również okolicznością na którą powołuje się Zamawiający uzasadniając wykluczenie Odwołującego było opóźnienie w realizacji inwestycji rzekomo wynikające z przyczyn leżących po stronie Odwołującego i mające stanowić o rzekomym nienależytym wykonywaniu umowy, przy czym wskazane w oświadczeniu o odstąpieniu przyczyny odstąpienia zostały przedstawione w sposób stroniczy i bez uwzględnienia całości okoliczności faktycznych, towarzyszących realizacji umowy. W ocenie jednak Odwołującego opóźnienia w realizacji umowy, które rzekomo miały wynikać z przyczyn leżących po stronie Odwołującego faktycznie były spowodowane okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego (Wrocław), przejawiającymi się w nierzetelnym przygotowaniu dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji inwestycji jak i braku współpracy Zamawiającego (Wrocław) w toku wykonywania robót budowlanych.

Odwołujący wskazał, że za bezzasadne należy uznać twierdzenie Zamawiającego jakoby do odstąpienia od umowy miało dojść z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Odwołujący kwestionował i kwestionuje również wszystkie okoliczności przywołane przez Zamawiającego (Wrocław) w oświadczeniu o odstąpieniu jak również okoliczności przywołane przez Zamawiającego w Zawiadomieniu: (1) jakoby działania Odwołującego i zła organizacja robót

miała prowadzić do zwłoki w wykonaniu robót; (2) jakoby Odwołujący nie wykonywał swoich zobowiązań kontraktowych, które doprowadziły m.in. do konieczności zlecenia przez Zamawiającego wykonania zastępczego opracowania projektów organizacji ruchu zastępczego, co miało się przełożyć na opóźnienie w rozpoczęciu robót oraz dodatkowe koszty po stronie zamawiającego oraz (3) jakoby Odwołujący miał nie wykonać założeń planu naprawczego.

Odwołujący powołała się na zasadniczych okoliczności, które miały wpływ na powstanie opóźnień w realizacji umowy, które świadczą o bezzasadności twierdzeń Zamawiającego (Wrocław) jak również bezzasadności twierdzeń na której powołuje się Zamawiający w Zawiadomieniu. Wśród tych okoliczności należy wymienić:

- 1) wadliwość dokumentacji projektowej przekazanej przez Zamawiającego (Wrocław), co wiązało się z koniecznością rozwiązywania przez Odwołującego wielu nakładających się kolizji sieci uzbrojenia podziemnego oraz uzupełnienia i wyjaśnienia projektów wykonawczych w pozostałych zakresach. Wadliwość dokumentacji projektowej skutkowałą koniecznością wykonywania robót zamiennych i dodatkowych, nieobjętych pierwotnym zamówieniem, pomimo braku należytego i terminowego procedowania przez Zamawiającego (Wrocław) zmian do umowy. O skali problemu dobitnie świadczy w szczególności ponad 300 pisemnych wystąpień Odwołującego dotyczących wyjaśnienia sposobu oczekiwanego sposobu realizacji robót budowlanych, w tym 43 wystąpienia roszczeniowe z żądaniem zapłaty dodatkowego kosztu oraz przedłużenia czasu na ukończenie. W ocenie Odwołującego, zamawiający nie wykonywał swoich obowiązków kontraktowych polegających na procedowaniu zmian do kontraktu wynikających z konieczności wykonania robót dodatkowych i zamiennych oraz ignorował kierowaną do zamawiającego korespondencję i formułowane w trybie kontraktowych roszczenia, nie wydając tym samym Określeń w trybie Subklauzuli 3.5 Kontraktu. Do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu Odwołujący pozostawał na terenie budowy i realizował umowę oraz przez cały okres realizacji oczekiwał porozumienia z Zamawiającym co do rozliczenia dodatkowych kosztów wynikających z błędów projektowych, wydania określeń w procedurze określonej umową co do żądań objętych zgłoszonymi roszczeniami jak i elementarnej współpracy w rozwiązywaniu bieżących problemów (np. brak wyłączenia sieci SN należącej do TAURON Dystrybucja, stanowiącego utrudnienie dla całego terenu budowy).

- 2) Dokumentacja projektowa przekazana przez Zamawiającego zawierała znaczną liczbę wad i nieprawidłowości, co wiązało się z koniecznością rozwiązywania przez Odwołującego wielu nakładających się kolizji sieci uzbrojenia podziemnego oraz uzupełnienia i wyjaśnienia Projektów Wykonawczych w pozostałych zakresach. Pomimo powyższego Odwołujący prowadził budowę również w sytuacji oczekiwania na rozwiązania projektowe od nadzoru autorskiego, a także finansował wykonywane roboty dodatkowe i zamienne pomimo braku wprowadzonych zmian do kontraktu przez Zamawiającego (Wrocław);
- 3) brak należytej współpracy z instytucjami miejskimi oraz właścicielami infrastruktury sieciowej w obrębie terenu budowy, skutkujący utrudnieniami w ich przełączenia w celu należytej przebudowie lub umożliwienia wykonania robót w ramach kontraktu; brak przedstawienia propozycji aneksu terminowego do Kontraktu uwzględniającego skutki wykroczenia realizacji poza terminy umowne, a przy tym brak merytorycznego odniesienia się do przedłożonych aktualizacji harmonogramu robót uwzględniającego napotkane utrudnienia;
- 4) wystąpienia nadzwyczajnej liczby kolizji nieuwjętych w dokumentacji projektowej, istotnie utrudniała lub wręcz uniemożliwiała realizację robót, co przyczyniło się do przestojów, zatrzymania frontów robót oraz zmniejszenia potencjału roboczego na drugiej zmianie z uwagi na brak podstaw do mobilizacji dwóch zmian pracowniczych;
- 5) w realiach prowadzonej inwestycji brak było możliwości realizacji założeń Harmonogramu sformułowanych pierwotnie wskutek szeregu ujawnionych wad projektowych (Subklauzula 1.9 Kontraktu), nieprzewidywalnych warunków fizycznych (Subklauzula 4.10 Kontraktu) czy też braku płynnego procedowania Zmian i wydawania dokumentów przez Zamawiającego (Wrocław);
- 6) brak możliwości prowadzenia robót w godzinach między 6:00 a 22:00 (20:00 w okresie zimowym) z uwagi na wielość kolizji i wad projektowych, które skutecznie utrudniły możliwość planowania robót (czas potwierdzenia rozwiązań był zależny od otrzymywanych rozwiązań od nadzoru autorskiego), co jednocześnie przekładało się na brak dostatecznej liczby otwartych frontów robót.

Odwołujący wskazał, że do utrudnień wynikających z przywołanych powyżej okoliczności a objętych roszczeniami zgłoszonymi do Zamawiającego (Wrocław), które winny skutkować wydłużeniem czasu na ukończenie inwestycji należały w szczególności:

- 1) brak terminowego przekazania terenu budowy oraz utrudnienia wynikające z zarządzeń władz Miasta Wrocław skutkujące dalszymi opóźnieniami w przekazaniu terenu budowy;
- 2) błędy projektowe wynikające z niezinventaryzowania kolizji magistrali wodociągowej z istniejącymi sieciami oraz konieczność wykonania robót dodatkowych;
- 3) błędy projektowe dotyczące zmiany przebudowy i renowacji kanału ogólnospławnego, wymagające zmian projektowych dla możliwości wykonania robót w branży drogowej (rozbieżność sytuacyjna i wysokościowa);
- 4) kolizje istniejących sieci podziemnych z projektowanymi fundamentami słupów trakcyjnych i trakcyjno-oświetleniowych (rozbieżność sytuacyjna i wysokościowa), skutkujących koniecznością wykonania indywidualnych rozwiązań w zakresie rodzaju posadowienia i sposobu przesunięcia i zabezpieczenia skolidowanych sieci uzbrojenia (w szczególności kabli energetycznych);
- 5) skutki rozbieżności lokalizacji sieci SN podlegającej przebudowie;
- 6) czas oczekiwania na rozwiązanie projektowe i czas na wykonanie robót budowlanych w związku z przebudową przyłącza Co do budynku ul. Hubska 32;
- 7) roszczenie o dodatkowy czas niezbędny dla wykonania robót dodatkowych polegających na zamuleniu istniejącego nieczynnego gazociągu Dn1000;
- 8) utrudnienia czasowe związane z koniecznością rozwiązania błędów projektowych dla przebudowy sieci gazowych;
- 9) przerwa spowodowana błędem projektowym dla sposobu wykotwienia sieci trakcyjnej w sytuacji, w której realizacja etapów nie mogła być już skoordynowana;
- 10) utrudnienie dla wszystkich etapów, ujawnione przy organizacji robót ;
- 11) skutki braku wyłączeń napięcia w sieciach energetycznych TAURON Dystrybucja;
- 12) brak reakcji na wielokrotnie zgłaszane w toku realizacji umowy okolicznościach wpływających na terminy wykonania robót, a niezależnych od Odwołującego, wraz z aktualizacją harmonogramu robót oraz gruntowną analizą ścieżki krytycznej.

Odwołujący wskazał, że Zamawiającego w Zawiadomieniu twierdzi jakoby Odwołujący miał nie wykonać swoich zobowiązań kontraktowych, co doprowadziło m.in. do konieczności wykonania zastępczego opracowania projektów organizacji ruchu zastępczego. W opinii Zamawiającego ta okoliczność przełożyła się na znaczne opóźnienie w rozpoczęciu robót oraz

poniesienie dodatkowych, nieprzewidzianych kosztów po stronie zamawiającego, W tym miejscu należy wskazać, iż Inwestycja we Wrocławiu realizowana była w formule „Buduj” a dostarczenie dokumentacji projektowej, w tym również Projektu Organizacji Ruchu Zastępczego (ORZ) leżało po stronie Zamawiającego (Wrocław).

Odwołujący wskazał, że w przypadku Inwestycji w Poznaniu projekt wykonawczy ORZ był dokumentem załączonym do dokumentacji projektowej na etapie postępowania przetargowego, a jak wynikało z Opisu Przedmiotu Zamówienia wymagał wyłącznie zatwierdzenia przez właściwy organ. Jednocześnie, zgodnie z ustaleniami stron (Zamawiającego (Wrocław) oraz Odwołującego) poczynionymi w trakcie realizacji inwestycji to Zamawiający (Wrocław) oraz działający w jego imieniu projektant zobowiązali się do uzyskania zatwierdzenia projektu ORZ, który miał zostać wdrożony przez Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wskazał, że choć planowane przekazanie Odwołującemu placu budowy miało nastąpić 29 września 2017 r., to dopiero w dniu 10 października 2017 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego (Wrocław) dokument nazwany projektem ORZ, który nie spełniał wymogów formalnych dla tego typu opracowania oraz zawierał istotne rozbieżności w stosunku do projektu ORZ załączonego do dokumentacji przetargowej, co miało zasadniczy wpływ na planowanie i organizację oraz koszty robót. Opóźnienia Zamawiającego (Wrocław) oraz zmiany w ORZ w stosunku do wersji załączonej do dokumentacji przetargowej uniemożliwiły wdrożenia ORZ w kształcie przekazanym przez Zamawiającego (Wrocław), a w konsekwencji doprowadziły do powstania opóźnień w przekazaniu placu budowy już na samym początku realizacji inwestycji. Co więcej, Odwołujący wskazał, że kwestia odpowiedzialności do przygotowanie projektu ORZ została wyjaśniona pomiędzy stronami poprzez podpisanie aneksu nr 2 do Kontraktu, w którym Zamawiający (Wrocław) jednoznacznie oświadczył, że projekt ten został przygotowany staraniem Zamawiającego (Wrocław) i stanowił element dokumentacji projektowej na etapie postępowania przetargowego. W konsekwencji, to Zamawiający (Wrocław) ponosił odpowiedzialność za wadliwość projektu ORZ oraz brak możliwości jego zatwierdzenia i wdrożenia oraz konieczność wprowadzenia istotnych zmian do ORZ, które rzutowały na możliwość przekazania terenu budowy oraz wzrost kosztów realizacji inwestycji.

Ponadto Odwołujący wskazał, że kwestie dotyczące ORZ oraz jego wdrożenia były przedmiotem wystąpień Odwołującego oraz podstawą do zgłoszenia roszczeń terminowych oraz finansowych. W konsekwencji nie jest zasadne twierdzenie, jakoby Odwołujący nienależycie wykonywał swoje zobowiązania kontraktowe, skoro obowiązki te leżały po stronie Zamawiającego (Wrocław). Co więcej, to na skutek uchybień Zamawiającego (Wrocław)

doszło do opóźnień w przekazaniu placu budowy i realizacji inwestycji, a uchybienia te polegały m.in. na: (1) braku przekazania projektu wykonawczego ORZ spełniającego wymogi prawa; (2) odmiennej treści projektu ORZ od treści dokumentu udostępnionego wykonawcom na etapie postępowania przetargowego, a więc wykraczającego poza przedmiot świadczenia Odwołującego wynikającego z umowy (3) dodatkowych robót koniecznych do zrealizowania na skutek wdrożenia uwag wynikających z procedury wdrożenia organizacji ruchu na czas budowy, odmiennych od pierwotnych założeń, oraz wynikających z poleceń Inżyniera.

Odnosząc się do kwestii rzekomego niewykonania planu naprawczego Odwołujący wskazał, iż „plan naprawczy” w istocie stanowił aktualizację harmonogramu realizacji kontraktu na wybranych frontach robót tj. w zakresie realizacji magistrali wodociągowej DN500, sieci wodociągowej rozdzielczej oraz kanalizacji sanitarnej. Aktualizacja harmonogramu wynika z faktu, iż plac budowy, na skutek m.in. okoliczności związanych z projektem ORZ oraz poleceń Inżyniera, został przekazany Odwołującemu na początku listopada 2017 r. Mając na uwadze również okres zimowy uniemożliwiający prowadzenie robót oraz przerwę technologiczną w prowadzeniu prac przypadającą na styczeń — marzec 2018 r. Odwołujący podejmował starania związane z optymalizacją i aktualizacją harmonogramu robót, które miały na celu zakończenie inwestycji w pierwotnie planowanym terminie, niezależnie od okoliczności niezależnych od Odwołującego które wpłynęły na opóźnienie rozpoczęcia robót. W powyższym celu Odwołujący założył m.in. (1) zwiększy ilość brygad realizujących roboty branży: magistrali wodociągowej DN500, sieci wodociągowej rozdzielczej wraz z przyłączami oraz kanalizacji sanitarnej,(2) zwiększy ilość sprzętu wykorzystanego do robót w w/w branżach; (3) przyspieszy względem harmonogramu rozpoczęcie robót branży: odwodnienie drogi i torowiska oraz branży gazowej, w tym wydłużenie czasu pracy, zmianę kolejności wykonywanych robót, zmniejszenie rezerw czasowych oraz przyspieszenie pierwotnie zakładanego tempa robót.

W ocenie Odwołującego zasadniczym powodem braku możliwości realizacji robót zgodnie ze zaktualizowanym harmonogramem wielość kolizji i wad projektowych, które skutecznie utrudniły możliwość planowania robót (czas potwierdzenia rozwiązań był zależny od otrzymywanych rozwiązań od nadzoru autorskiego). Wskutek powyższego brak było dostatecznej liczby otwartych frontów dla zwiększonej ilości brygad. Drugim powodem był brak dostępnych sił podwykonawczych gotowych do pracy dwuzmianowej przy takim stopniu skomplikowania realizacji, co ma związek z ogólnym problemem braku siły roboczej na rynku budowlanym.

W ocenie Odwołującego trudno zatem przypisać Odwołującemu odpowiedzialność za wystąpienie okoliczności zewnętrznych, niezależnych od Odwołującego, a dotyczących całej

branży budowlanej, związanej ze wzrostem kosztów materiałów i robocizny jak również znaczących trudności związanych z pozyskaniem i zaangażowaniem podwykonawców. Okoliczności te nie były jednak w żaden sposób uwzględnione przez Zamawiającego (Wrocław) przy dokonywaniu określeń związanych ze Zmianą kontraktu w zakresie terminów realizacji. Sytuacji tej nie można oceniać jedynie w sposób proporcjonalny do rzeczywistego czasu spędzanego przez pracowników na terenie budowy, ale również przez pryzmat wpływu utrudnień na dostępność frontów i możliwą optymalną mobilizację umożliwiającą płynną koordynację robót realizowanych w różnych branżach.

Odnosząc się do kwestii rzekomego braku zgłoszenia podwykonawców lub braku zapłaty wynagrodzenia, które rzekomo miało prowadzić do dokonania zapłaty przez Zamawiającego (Wrocław) co w ocenie Zamawiającego ma stanowić poważne naruszenie obowiązków zawodowych na gruncie art. 24 ust. 5 pkt, 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż toku realizacji inwestycji każdorazowo dopełniał wszelkich formalności związanych z obowiązkiem zatwierdzenia umów podwykonawczych przez Zamawiającego w celu objęcia podwykonawców reżimem solidarnej odpowiedzialności za zapłatę należnego im wynagrodzenia. W każdym przypadku projekty umów i umowy podwykonawcze były zgłaszane Zamawiającemu (Wrocław), a o wyjątkowych przypadkach dopuszczenia do realizacji bez ostatecznie zaakceptowanej umowy (np. wskutek uwag) Inżynier Kontraktu miał pełną świadomość, obserwując postęp robót na budowie i potwierdzając go na cotygodniowych naradach koordynacyjnych. W ocenie Odwołującego nie oparte na prawdzie jest również twierdzenie jakoby Zamawiający (Wrocław) dokonał bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców. Kwota bezpośrednich płatności, o której mowa oświadczeniu o odstąpieniu dotyczy robót podwykonawców nieobjętych Kontraktem i niepotwierdzonych przez Zamawiającego (Wrocław) w formie zatwierdzonej Zmiany (aneksów do kontraktu). W związku z tym Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego (Wrocław) o dokonanie płatności do podwykonawców na zasadzie przekazu kwot wynikających z bieżącego wynagrodzenia Odwołującego (art. 921(1) — 921(5) KC). Powyższa procedura nie była zatem objęta koniecznością „bezpośredniej zapłaty” określonej w art. 143 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że szczegółowe roszczenia i okoliczności, które miały istotne znaczenie dla przebiegu realizacji umowy, a których wystąpienie nie wynikało z przyczyn zależnych od Wykonawcy zostały opisane w załączniku nr 1 do pisma Odwołującego z dnia 10 maja 2019 r. Dowód: Pismo Odwołującego - odpowiedź na odstąpienie od umowy (Załącznik nr 3 do pisma Odwołującego z 10 maja 2019 r. — w aktach Postępowania).

Dalej Odwołujący wskazał, że w dniu 19 lutego 2019 r. przedłożył Zamawiającemu (Wrocław) odstąpienie od umowy, w którym również szczegółowo odniósł się do okoliczności, które miały istotny wpływ na przebieg realizacji inwestycji, a za które nie wynikały z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Dowód: Oświadczenie Odwołującego o odstąpieniu od umowy (Załącznik nr 3 do pisma Odwołującego z 10 maja 2019 r. — w aktach Postępowania).

W ocenie Odwołującego opisane powyżej okoliczności, jak również fakty i zdarzenia opisane szczegółowo w przywołanych powyżej dowodach znajdujących się w aktach Postępowania — które w pełni znane są Zamawiającemu — świadczą o tym, że Odwołujący nie dopuścił się zawinionego poważnego naruszenia swoich obowiązków zawodowych, w szczególności nie można przypisać Odwołującemu zamierzonego działania na szkodę realizowanej inwestycji lub rażącego niedbalstwa, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt. 2 PZ. Również Zamawiający w niniejszym postępowaniu w żaden sposób nie wykazał, iż takie zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych miało miejsce.

W ocenie Odwołującego opisane powyżej okoliczności świadczą również o tym, iż nie zostały spełnione przesłanki zastosowania przepisu art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Pzp. Po pierwsze, Odwołujący kwestionuje skuteczność odstąpienia Zamawiającego (Wrocław) od Umowy Wrocław. Co więcej, okoliczności związane z realizacją inwestycji dowodzą, iż Odwołującemu nie można przypisać odpowiedzialności za zdarzenia, które stanowiły rzekomą podstawę, nieskutecznego z resztą, odstąpienia od umowy przez Zamawiającego Wrocław. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym (Wrocław) zaistniał spór co do skuteczności i zasadności odstąpienia Zamawiającego (Wrocław) od umowy strony zdecydowały o poddaniu go pod rozstrzygnięcie mediatora w ramach procedury mediacyjnej. Powyższe potwierdza zawarte pomiędzy stronami porozumienie z 22 stycznia 2019 r. Dowód: Porozumienie ws. mediacji (Załącznik nr 4 do pisma Odwołującego z 10 maja 2019 r. — w aktach Postępowania).

Postępowania mediacyjne jest w toku i zarówno na dzień złożenia oferty w Postępowaniu ani też na dzień złożenia niniejszego odwołania nie zostało zakończone. W konsekwencji Odwołujący stoi na stanowisku, iż prowadzenie mediacji pomiędzy stronami ma skutek analogiczny do sporu zawisłego przed sądem. Opisane okoliczności potwierdzają zatem, iż podstawa prawna wykluczenia nie znajduje zastosowania w niniejszym Postępowaniu ponieważ nie zostały wypełnione przesłanki określone w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz 4 ustawy Pzp, a Wykonawca w całości kwestionuje, na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych opisanych powyżej, ważność, skuteczność i zasadność odstąpienia Zamawiającego (Wrocław) od umowy.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał, iż nawet gdyby uznać, że odstąpienie od umowy zostało dokonane prawidłowo, nie będzie to jednak świadczyć o możliwości wykluczenia wykonawcy z Postępowania. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 343/18 z 23 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 434/18).

Szczegółowe uzasadnienie dotyczące okoliczności związanych z realizacją Inwestycji w Poznaniu (umowa na „Przebudowa trasy tramwajowej w ul. Dąbrowskiego od ul. Botanicznej do ul. Żeromskiego wraz z węzłem”)

Odwołujący wskazał, że w Zawiadomieniu Zamawiający odnosi się do okoliczności związanych z realizacją Umowy w Poznaniu wyłącznie w kontekście zastosowania przestanki z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Niemniej jednak, z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący przedstawił okoliczności na wykazanie, że rozwiązanie umowy dotyczącej Inwestycji w Poznaniu nie może stanowić podstawy wykluczenia ani na gruncie art. 24 ust. 5 pkt. 2 ustawy Pzp ani też art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Inwestycja w Poznaniu była ona realizowana na podstawie umowy z dnia 17 marca 2015 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym (Poznań) oraz Odwołującym, a jej przedmiotem było przebudowa trasy tramwajowej w ul. Dąbrowskiego od ul. Botanicznej do ul. Żeromskiego wraz z węzłem w Poznaniu. Na podstawie umowy Odwołujący był zobowiązany do wykonania robót budowlanych dotyczących przedmiotu zamówienia, w oparciu o dokumentację projektową (projekt budowlany i projekt wykonawczy), za której przygotowanie i dostarczenie odpowiedzialność ponosił Zamawiający (Poznań). Z uwagi na zlokalizowanie robót budowlanych w ścisłym centrum miasta Poznań, w toku realizacji inwestycji Odwołujący zidentyfikował braki i błędy w dokumentacji projektowej polegające m.in. na nieujęciu w dokumentacji projektowej licznych elementów miejskiej infrastruktury technicznej (tj. kabli i rurociągów telekomunikacyjnych, instalacji gazowych oraz wodno-kanalizacyjnych), która kolidowała z realizowanymi robotami. Dokumentacja projektowa obarczona była również błędami polegającymi na opisanu warunków realizacji inwestycji w sposób odmienny od faktycznie występujących na placu budowy. Powyższe braki i błędy projektowe skutkowały koniecznością wykonania robót dodatkowych i uzupełniających nieujętych w dokumentacji projektowej lub zastosowaniem rozwiązań odmiennych od przewidzianych w projekcie.

Odwołujący podkreślił, że konieczność wykonania robót dodatkowych, uzupełniających oraz zamiennych, w stosunku do przewidzianych w pierwotnej dokumentacji projektowej, została każdorazowo potwierdzona przez Inżyniera Koordynatora, który pełnił funkcję inspektora

nadzoru reprezentującego Zamawiającego (Poznań). Dokumentem potwierdzającym konieczność wykonania danego asortymentu robót dodatkowych, uzupełniających i zamiennych, a więc robót wykraczających poza rozwiązania przewidziane w pierwotnej dokumentacji projektowej, był protokół konieczności („Protokół Konieczności”).

Odwołujący wskazał, że w toku realizacji inwestycji na bieżąco zgłaszał Zamawiającemu (Poznań) wady i braki dokumentacji projektowej oraz zidentyfikowane kolizje z istniejącą infrastrukturą techniczną, które wymagały interwencji inwestora i dokonania zmian w dokumentacji projektowej. Z uwagi na powyższe wady dokumentacji projektowej w okresie od dnia 17 marca 2015 r. do 13 listopada 2015 r, zostało sporządzonych 10 Protokołów Konieczności, z których wynikała konieczność wykonania robót dodatkowych, zamiennych i uzupełniających w stosunku do zakresu prac wynikających z dokumentacji projektowej. Jednocześnie, w związku z koniecznością wykonania robót dodatkowych, uzupełniających Odwołujący i Zamawiający Poznań zawarli dwie umowy na roboty dodatkowe i uzupełniające.

Dalej Odwołujący wskazał, że w dniu 28 grudnia 2015r., po przeprowadzeniu negocjacji dotyczących treści zmian do umowy Odwołujący i Zamawiający (Poznań) zawarli aneks do umowy, zwiększając zakres rzeczowy inwestycji wynikający z konieczności wykonania robót zamiennych, określonych w Protokołach Konieczności zidentyfikowanych do dnia 16 listopada 2015 r. oraz wydłużając okres realizacji przedmiotu umowy do 31 marca 2016 r. Z uwagi na przyjęte w dokumentacji projektowej reżimy technologiczne oraz konieczność wykonywania robót w określonych warunkach atmosferycznych, (roboty nie mogły być prowadzone w obniżonych temperaturach oraz w trakcie lub po występowaniu opadów atmosferycznych) oraz okoliczność, iż wykonanie robót budowlanych w wydłużonym okresie realizacji przypadło na okres zimy (okres obniżonych temperatur oraz wzmożonych opadów atmosferycznych). W związku z powyższym, strony uzgodniły w treści aneksu do umowy, że w przypadku wystąpienia warunków atmosferycznych uniemożliwiających prowadzenie robót budowlanych strony zweryfikują bezpośredni wpływ na odpowiednie fronty robót, których wykonanie było niemożliwe, a w przypadku udokumentowanego i uzasadnionego wpływu warunków atmosferycznych na front robót, strony określają ilość dni opóźnienia związanych z brakiem możliwości wykonywania robót i ich wpływem na termin realizacji. Jednocześnie w takich okolicznościach przesunięcie terminu zakończenia inwestycji uznane będzie za powstałe z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w okresie od dnia 16 listopada 2015 r. do 18 maja 2016 r. zostały zidentyfikowane kolejne błędy dokumentacji projektowej, o których Odwołujący na bieżąco informował Zamawiającego (Poznań), a w efekcie powyższego Inżynier Koordynator,

procedował kolejne 23 Protokoły Konieczności, z których wynikała konieczność wykonania robót dodatkowych, uzupełniających i zamiennych, co w istotny sposób wpływało na czas realizacji projektu.

Odwołujący wskazał, że w jego ocenie wykonanie robót dodatkowych, uzupełniających lub zamiennych, a więc nieprzewidzianych w pierwotnej dokumentacji projektowej, w sposób istotny wpływa na przedłużenie czasu realizacji inwestycji, z przyczyn niezależnych od wykonawcy robót. Z uwagi na konieczność wykonania dodatkowego zakresu prac czas realizacji inwestycji wydłuża się o okres potrzebny do przygotowania przez projektanta, działającego na zlecenie Zamawiającego (Poznań), zamiennych rozwiązań projektowych oraz czas potrzebny na przeprowadzenie przez projektanta i Zamawiającego (Poznań) konsultacji i uzgodnień z gestorami infrastruktury miejskiej oraz zatwierdzenia nowych rozwiązań projektowych. Dodatkowo, czas realizacji inwestycji zostaje wydłużony o okres potrzebny wykonawcy na wycenę nowego lub zamienionego zakresu robót, przeprowadzenie negocjacji cenowych z inwestorem oraz w końcu czas potrzebny na wykonanie przez wykonawcę robót budowlanych, które nie były przewidziane w pierwotnej dokumentacji projektowej, lub zastosowanie nowych rozwiązań projektowych przygotowanych przez projektanta.

Odwołujący wskazał, że roboty budowlane dotyczące inwestycji liniowych prowadzone są „potokowo”, co oznacza, iż wykonanie określonego asortymentu robót jest uzależnione od wykonania i zakończenia innego zakresu robót. Powyższe powoduje, że oczekiwanie na dostarczenie przez inwestora — Zamawiającego (Poznań) nowych lub zamiennych rozwiązań projektowych, a następnie wykonanie nowego zakresu robót wstrzymuje możliwość wykonania pozostałego zakresu prac. Powyższe, jest tym bardziej utrudnione, że inwestycja prowadzona jest w warunkach utrzymania ruchu, a Odwołujący musiał zapewnić przejezdność określonych odcinków ulic.

W dniu 28 czerwca 2016 r. Odwołującemu zostało doręczone oświadczenia Zamawiającego (Poznań) o odstąpieniu od umowy oraz dwóch umów na roboty dodatkowe i uzupełniające. Jednocześnie Zamawiający (Poznań) obciążył Odwołującego karą umowną za odstąpienie od umowy z winy Odwołującego. Jako powód odstąpienia Zamawiający (Poznań) wskazał znaczące opóźnienie Odwołującego w realizacji inwestycji, które rzekomo wystąpiło z winy Odwołującego. Dodatkowo, w odstąpieniu od umowy wskazano, że fakt, iż Wykonawca bezzasadnie zaprzestał wykonywania robót budowlanych i samowolnie opuścił plac budowy oraz mimo pisemnego wezwania nie podjął ich w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, powoduje, iż nie ma możliwości stwierdzenia, czy i kiedy inwestycja będzie mogła zostać wykonana. W związku z powyższym, tym bardziej nie ma możliwości ukończenia

Przedmiotu Umowy” Dowód: Pismo Odwołującego — odpowiedź na oświadczenie o odstąpieniu (Załącznik nr 5 do pisma Odwołującego z 10 maja 2019 r. — w aktach Postępowania).

Pismem z 29 czerwca 2016 r. Odwołujący zakwestionował w całości skuteczność i zasadność odstąpienia Zamawiającego (Poznań) od umowy. W dniu 1 lipca 2016 r, Odwołujący doręczył Zamawiającemu (Poznań) oświadczenie o odstąpieniu z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego (Poznań). Dowód: Pisma Odwołującego — odstąpienie od umowy (Załącznik nr 6 do pisma Odwołującego z 10 maja 2019 r, — w aktach Postępowania).

W ocenie Odwołującego, oświadczenie Zamawiającego (Poznań) o odstąpieniu od umowy z przyczyn rzekomo leżących po stronie Odwołującego było bezzasadne, a tym samym nie wywołała żadnych skutków prawnych. O powyższym świadczą okoliczności realizacji inwestycji przywołane na wstępie niniejszego pkt. 6 jak również następujące obiektywne i niezależne od Odwołującego okoliczności:

- 1) w okresie od dnia 17 marca 2015 r. (data zawarcia umowy) do dnia 23 czerwca 2016 r. Inżynier Kontraktu sporządził łącznie 33 (!) Protokoły Konieczności, z których wynikała konieczność wykonania robót zamiennych, dodatkowych lub uzupełniających. Powyższe obrazuje skalę wadliwości dokumentacji projektowej, za której przygotowanie i dostarczenie odpowiedzialność ponosił Zamawiający (Poznań). W ocenie Odwołującego nie sposób przypisać wykonawcy odpowiedzialność, a tym bardziej winę za błędy i wady dokumentacji projektowej, w przypadku gdy wykonawca nie jest autorem takiego projektu, a odpowiedzialny jest wyłącznie za wykonanie robót budowlanych. Obowiązkiem wykonawcy jest w takiej sytuacji, zgodnie z art. 651 KC zgłaszanie inwestorowi wykrytych błędów i wad dokumentacji projektowej, lecz nie można czynić wykonawcy zarzutu, gdy wykonawca prawidłowo wypełnia swoje obowiązki i dokładnie weryfikuje adekwatność rozwiązań projektowych do warunków faktycznych występujących na placu budowy, których nie da się ustalić inaczej niż prowadząc roboty na placu budowy. Co więcej, konieczność wykonania robót dodatkowych, uzupełniających i zamiennych, jako nieprzewidzianych w pierwotnej dokumentacji projektowej, zgodnie z postanowieniami umowy stanowiła przesłankę do dokonania zmiany umowy w zakresie terminów realizacji jak i wynagrodzenia należnego Odwołującemu. Jest bowiem oczywistym, że skoro wykonanie robót dodatkowych lub uzupełniających lub zamiennych wykracza poza zakres robót określonych w ramach umowy podstawowej (zamówienia podstawowego) to

wykonanie takich robót wpłynie na całkowity czas potrzebny na wykonanie inwestycji. Zamawiający (Poznań) uchylał się jednak od zawarcia stosownych umów;

- 2) pomimo sukcesywnego wykonywania wszystkich robót rozszczenia i wnioski kierowane w toku realizacji inwestycji przez Odwołującego do Zamawiającego (Poznań) Zamawiający (Poznań) bezzasadnie odmawiał zawarcia aneksu do umowy zmieniającego ostateczny termin realizacji inwestycji, pomimo wystąpienia okoliczności uzasadniających zawarcie takiego aneksu tj. wykonywania robót dodatkowych, zamiennych i uzupełniających które zwiększały zakres rzeczowy inwestycji lub wpływały na czas realizacji związany m.in. z oczekiwaniem na dostarczenie zamiennych rozwiązań projektowych procedowanych przez projektanta; Zamawiający (Poznań) nie tylko negocjował, nie przedstawiając żadnego merytorycznego uzasadnienia, prawo Odwołującego do przedłużenia terminu realizacji inwestycji, ale również nie ustosunkował się do wniosków Odwołującego o zawarcie umów na roboty dodatkowe nieobjęte zamówieniem podstawowym, wynikające z Protokołów Konieczności. W ocenie Odwołującego, obstrukcja Zamawiającego (Poznań) wynikała z faktu, iż zawarcie umów na roboty (zamówienia) dodatkowe po pierwsze, potwierdzałoby zasadność roszczeń Odwołującego o przedłużenie czasu realizacji i zawarcie aneksu do umowy, a po drugie stanowiłoby formalne potwierdzenie błędów w dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego (Poznań);
- 3) zważywszy, że w przedłużonym czasie realizacji inwestycji (od stycznia 2016 r.) okres wykonywania robót przypadał okres obniżonych temperatur oraz wzmożonych opadów atmosferycznych, zgodnie z uzgodnieniami poczynionymi przez Odwołującego i Zamawiającego (Poznań), Odwołujący nie mógł prowadzić robót w warunkach, które były niezgodne z wymaganiami wynikającymi z dokumentacji projektowej (reżimy technologiczne wykonywania robót związane z wymaganą temperaturą lub brakiem opadów określone w STWiORB). Pomimo udokumentowania przez Odwołującego okresów występowania niekorzystnych warunków atmosferycznych (raporty Instytutu Meteorologii i Gospodarki Wodnej), które uniemożliwiały prowadzenie robót, Zamawiający (Poznań) bezzasadnie odmówił wydłużenia czasu realizacji inwestycji o okres opóźnień, które wystąpiły z przyczyn niezależnych od Odwołującego, czym naruszył uzgodnienia wynikające z treści aneksu do umowy dotyczące wydłużenia okresu realizacji inwestycji i uznania ewentualnych opóźnień za nieleżące po stronie Odwołującego w przypadku udokumentowanego i uzasadnionego wpływu warunków atmosferycznych na front robót;
- 4) pomimo zakwalifikowania robót objętych Protokołami Konieczności jako robót (zamówień) dodatkowych przez Inżyniera Koordynatora jako przedstawiciela inwestora Zamawiający (Poznań) kwestionował kwalifikację prawną z uwagi na to, iż kwalifikacja

danego typu robót jako zamówień dodatkowych, a więc nieprzewidzianych w dokumentacji projektowej, potwierdzałyby wadliwość takiej dokumentacji, której przygotowanie leżało po stronie Zamawiającego, a dodatkowo, zgodnie z umową konieczność wykonania danego asortymentu robót jako zamówień dodatkowych stanowiła przesłankę do przedłużenia terminu realizacji inwestycji.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z Zawiadomieniem jedyną okolicznością stanowiącą — w ocenie Zamawiającego - poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez Odwołującego — w ramach Umowy Poznań — było niezasadne wstrzymanie robót przez Kierownika Budowy, a tym samym zaprzestanie wykonywania inwestycji i samowolne opuszczenie placu budowy. Odwołujący zaprzeczył jakoby okoliczności powołane przez Zamawiającego stanowiły poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych. Wręcz przeciwnie, działanie Odwołującego świadczyło o dochowaniu najwyższej staranności podczas prowadzenia robót budowlanych oraz wypełnieniu obowiązków wynikających nie tylko z umowy, ale również nałożonych przez przepisy prawa (art. 651 KC, zgodnie z którym wykonawca jest zobowiązany niezwłocznie powiadomić inwestora o wadach dokumentacji projektowej lub okolicznościach mających wpływ na realizowane roboty budowlane).

Okoliczności, które zmusiły Odwołującego do wstrzymania robót budowlanych dotyczyły zidentyfikowana rozbieżność pomiędzy faktycznymi warunkami gruntowymi występującymi na placu budowy (występowanie gruntów niebudowlanych) a warunkami gruntowymi opisanymi w dokumentacji projektowej. Podstawę do stwierdzenia powyższych rozbieżności stanowiły badania przeprowadzone przez Inżyniera Koordynatora (przedstawiciela Zamawiającego (Poznań), których wyniki zostały potwierdzone również badaniami zleconymi przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że pomimo wystąpienia przez Odwołującego do Zamawiającego (Poznań) o przedstawienie rozwiązań projektowych, adekwatnych do występujących warunków gruntowych oraz potwierdzenia przez Zamawiającego (Poznań) adekwatności zastosowanych rozwiązań projektowych do występujących warunków gruntowych w części dotyczącej zrealizowanych robót Zamawiający zignorował wnioski Odwołującego, pomimo że to Zamawiający (Poznań) ponosił, zgodnie z art. 647 KC, odpowiedzialność za zapewnienie dokumentacji projektowej, która umożliwia prowadzenie robót budowlanych, a określenie kategorii geotechnicznej całego obiektu budowlanego lub jego poszczególnych części należy do wyłącznych uprawnień projektanta obiektu budowlanego, który działał na zlecenie Zamawiającego (Poznań).

Z uwagi na wykryte przez Odwołującego rozbieżności pomiędzy faktycznymi warunkami gruntowymi a stanem opisanym w dokumentacji geotechnicznej Odwołujący wystąpił do

Zamawiającego (Poznań) o: (a) przedstawienie pełnej dokumentacji projektowej w zakresie dokumentacji geologicznej i geotechnicznej wraz z uzupełnieniem aktualnych badań oraz rozwiązań projektowych, adekwatnych do występujących warunków gruntowych na terenie, na którym prowadzone są prace (węzeł część wschodnia), oraz (b) potwierdzenie przez Zamawiającego (Poznań) adekwatności zastosowanych rozwiązań projektowych do występujących warunków gruntowych w części dotyczącej już zrealizowanych robót.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisami § 4 ust. 4 i 5 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych (Dz.U. 2012, poz. 643), określenie kategorii geotechnicznej całego obiektu budowlanego lub jego poszczególnych części należy do wyłącznych uprawnień projektanta obiektu budowlanego (w tym przypadku działającego na zlecenie Zamawiającego (Poznań)). Jednocześnie, po stwierdzeniu innych od przyjętych w badaniach warunków geotechnicznych gruntu, to wyłącznie projektant obiektu budowlanego ma prawo zmiany kategorii geotechnicznej gruntu. Tym samym, również wyłącznie projektant ma prawo i obowiązek dokonania takich zmian w dokumentacji projektowej, które zapewnią adekwatność rozwiązań projektowych do faktycznych warunków gruntowych. Z powyższego względu Odwołujący nie tylko nie miał obowiązku, ale nawet prawa dokonać zmiany kwalifikacji gruntu i rozwiązań projektowych, ponieważ takie działania należały do wyłącznej kompetencji projektanta. W celu wykazania prawidłowości prezentowanego stanowiska Odwołujący przekazał dodatkowo Zamawiającemu (Poznań) wyniki przeprowadzonych badań gruntowych, które potwierdzały istotne rozbieżności pomiędzy faktycznymi warunkami gruntowymi a stanem wynikającym z dokumentacji projektowej. Jednocześnie Odwołujący powiadomił Zamawiającego (Poznań), iż brak dokonania weryfikacji dokumentacji projektowej oraz przedstawienia zamiennych rozwiązań projektowych dla pozostałej części obszaru prowadzenia inwestycji będzie nieść za sobą niekorzystne konsekwencje na etapie eksploatacji inwestycji, ponieważ występowanie gruntów niebudowlanych, przy jednoczesnej nieadekwatności rozwiązań projektowych, powoduje znaczące ryzyko obniżenia trwałości wykonanych robót, co z kolei przekłada się na ryzyko ponoszenia przez inwestora dodatkowych kosztów związanych z ewentualnymi remontami i wydatkowaniem środków publicznych. W skrajnych przypadkach, z uwagi na charakter inwestycji, powyższe może również doprowadzić do wystąpienia zdarzeń drogowych, spowodowanych niedostosowaniem i nieadekwatnością rozwiązań projektowych do występujących warunków gruntowych.

W związku z brakiem reakcji Zamawiającego (Poznań) na wniosek o zweryfikowanie dokumentacji projektowej i przedstawienie zamiennych rozwiązań projektowych wynikających

z występowania gruntów niebudowlanych Odwołujący w dniu 21 czerwca 2016 r. powiadomił Zamawiającego (Poznań) oraz Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego i Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego o wstrzymaniu robót budowlanych na podstawie art. 22 pkt 4) ustawy Prawo budowlane z uwagi na niezgodność dokumentacji projektowej z faktycznym stanem występującym na placu budowy.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe, uznać należy, że opóźnienie w realizacji inwestycji nie było zawinione przez wykonawcę, a wynikało z okoliczności, za które odpowiedzialność ponosił Zamawiający (Poznań), w tym, w szczególności, z wadliwości dokumentacji projektowej, braku współdziałania Zamawiającego (Poznań) polegającym na niezawarciu umów na roboty dodatkowe, uzupełniające i zamiennie, odmowie wypełnienia zobowiązań stron wynikających z aneksu do umowy, poprzez przedłużenie czasu realizacji inwestycji o czas, w którym prowadzenie robót budowlanych nie było możliwe z uwagi na niekorzystne warunki atmosferyczne oraz brak współdziałania w przekazaniu zamiennych rozwiązań projektowych dotyczących warunków gruntowych. Okoliczności związane z powstaniem opóźnień w realizacją inwestycji oraz fakt, iż zdarzenia które negatywnie wpłynęły na czas realizacji inwestycji z przyczyn niezależnych od Wykonawcy zostały potwierdzone w opinii niezależnego eksperta. Dowód: Opinia w przedmiocie zasadności żądania przedłużenia czasu realizacji umowy (Załącznik nr 7 do pisma Odwołującego z 10 maja 2019 r. — w aktach Postępowania).

Odwołujący podkreślił, iż z punktu widzenia oceny zastosowania przestanek wykluczenia opisanych w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, w związku ze sporem co do zasadności i skuteczności odstąpienia przez Zamawiającego (Poznań) od umowy oraz nałożeniem na Odwołującego bezzasadnej kary umownej z tytułu odstąpienia Odwołujący wniósł do Sądu Okręgowego w Poznaniu dwa powództwa o zapłatę przeciwko Zamawiającemu (Poznań), które obejmują wszelkie roszczenia Odwołującego wobec Zamawiającego związane z bezzasadnym odstąpieniem od umowy, nałożeniem kary umownej którą Zamawiający zaspokoił z gwarancji bankowej należytego wykonania umowy oraz potrąceń z wynagrodzenia należnego Odwołującemu z tytułu wykonanych robót budowlanych. W ramach obydwu powództw Odwołujący kwestionuje zasadność i skuteczność samego odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (Poznań), co do okoliczności faktycznych które stanowiły podstawę odstąpienia, oraz w konsekwencji skutkowało bezzasadnym obciążeniem Odwołującego karą umowną (sprawy o sygnaturze: IX GC 1145/16/3 oraz IX GC 1058/18/6), przy czym w toku postępowania strony prowadziły rozmowy mediacyjne, które jednak nie pozwoliły na polubowne zakończenie sporu. Sporne okoliczności, które legły u podstaw odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (Poznań), w tym zasadność i skuteczność odstąpienia od

umowy przez Zamawiającego (Poznań) oraz ustalenie, czy doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących rzekomo po stronie Odwołującego będzie zatem przedmiotem rozstrzygnięcia sądu powszechnego. Oba postępowania sądowe są obecnie w toku na etapie postępowania dowodowego i nie zostały zakończone. Dowód: Pozew o zapłatę z dnia 5 września 2016 r. (IX GC 1145/16/3) (Załącznik nr 7 do pisma Odwołującego z 10 maja 2019 r. — w aktach Postępowania); Pismo procesowe powoda z 17 listopada 2016 r. — replika na sprzeciw od nakazu zapłaty (IX GC 1145/16/3) (Załącznik nr 8 do pisma Odwołującego z 10 maja 2019 r. — w aktach Postępowania); Pozew o zapłatę z dnia 17 października 2017 r. IX GC 1058/18/6 (Załącznik nr 9 do pisma Odwołującego z 10 maja 2019 r. — w aktach Postępowania).

Odnosząc się do wpływu opisanych powyżej okoliczności faktycznych i prawnych w kontekście stosowania podstawy wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz 4 ustawy Pzp Odwołujący podtrzymał w całości przedstawioną powyżej argumentację. W ocenie Odwołującego opisane okoliczności potwierdzają, iż podstawa prawna wykluczenia nie znajduje zastosowania w niniejszym Postępowaniu ponieważ nie zostały wypełnione przesłanki określone w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz 4 ustawy Pzp, a Odwołujący w całości kwestionuje, na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych opisanych powyżej, ważność, skuteczność i zasadność odstąpienia Zamawiającego (Poznań) od umowy.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia; (ii) protokół otwarcia ofert na okoliczność ustalenia ofert złożonych w postępowaniu; (iii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iv) wezwanie Zamawiającego z dnia 7 maja 2019 r. oraz wyjaśnienia złożone przez Odwołującego z dnia 10 maja 2019 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień; (v) pismo Zamawiającego z dnia 20 maja 2019 r. wraz z załącznikami na okoliczność ustalenia przyczyn wykluczenia Odwołującego z postępowania; (vi) korespondencję e-mailową z dnia 6 czerwca 2019 r. pomiędzy Poznańskimi Inwestycjami Miejskimi a wykonawcą Budimex dotyczącą zastrzegania informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa na okoliczność wykazania, iż w toku realizacji inwestycji oraz w trakcie postępowania sądowego Odwołujący nie zastrzegał żadnych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa; (vii) opinię z dnia 6 czerwca 2019 r. (objętą klauzulą poufności) przygotowaną w postępowaniu mediacyjnym toczącym się pomiędzy Odwołującym, a Gminą Wrocław na okoliczność wykazania, iż pomiędzy stronami

toczy się spór co do zasadności odstąpienia od umowy przez Zamawiającego Wrocław z przyczyn leżących po stronie Odwołującego; (viii) opinię w przedmiocie zasadności żądania przedłużenia czasu realizacji umowy z dnia 27 kwietnia 2018 r. na okoliczność wykazania, iż nie wystąpiły przesłanki do odstąpienia do realizacji Inwestycji w Poznaniu; (ix) umowę z dnia 17 marca 2015 r. zawartą pomiędzy Odwołującym a Miastem Poznań wraz z aneksami, umowę z dnia 25 sierpnia 2017 r. zawartą pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym we Wrocławiu, pismo PIM z dnia 21 czerwca 2016 r. porozumienia zwarte pomiędzy podwykonawcami Odwołującego a PIM oraz potwierdzenia dokonania płatności, wezwanie do zapłaty środków z gwarancji bankowej z dnia 11 sierpnia 2016 r., korespondencję z podwykonawcami Odwołującego oraz PIM - dokumenty na okoliczność wykazania, iż zachodzą przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania; (x) korespondencję e-mailową z dnia 11 czerwca 2019 r. pomiędzy wykonawcą Budimex a Gminą Wrocław na okoliczność wykazania, że Odwołujący nie zgłaszał zamawiającemu podwykonawców oraz dalszych podwykonawców co stanowiło naruszenie obowiązków zawodowych; (xi) wniosek o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego z dnia 6 grudnia 2018 r. wobec osoby pełniącej funkcję kierownika budowy podczas realizacji inwestycji w Poznaniu oraz Decyzję nr 1/17 na okoliczność wykazania, że kierownik budowy nie naruszył żadnych obowiązków zawodowych podczas realizacji inwestycji w Poznaniu; (xii) pismo Odwołującego z dnia 11 grudnia 2018 r. oraz z dnia 19 lutego 2019 r. skierowane do Zamawiającego we Wrocławiu na okoliczność ustalenia stanowiska wykonawcy wobec odstąpienia przez zamawiającego od realizacji umowy oraz przyczyn odstąpienia od umowy przez Odwołującego; (xiii) pismo z dnia 28 czerwca 2016 r. skierowane przez Odwołującego do Zamawiającego Poznań oraz pismo z dnia 1 lipca 2016 r. na okoliczność ustalenia przyczyn odstąpienia od realizacji umowy przez Odwołującego; (xiv) pismo z dnia 5 grudnia 2018 r. oraz pismo z dnia 11 i 18 grudnia 2018 r. na okoliczność ustalenia przyczyn odstąpienia od umowy przez Zamawiającego oraz Odwołującego, odpowiednio.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa torowiska do nowej pętli tramwajowej Mierzyn (przy CH Ster) w Szczecinie”, numer sprawy BZP/126/18, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz.U. UE z 16.10.2018 nr 2018/S 199-449793 (dalej „**Postępowanie**”)

Kryteria oceny ofert w Postępowaniu stanowią: cena (60%); okres rękojmi i gwarancji (20%) oraz wysokość kary umownej za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy (20%). Izba ustaliła do upływu terminu składania ofert w Postępowaniu zostało złożonych 6 ofert. Wszyscy wykonawcy zaoferowali identyczne warunki w kryteriach pozacenowych, oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę.

Izba ustaliła, że w SIWZ w Rozdziale V „Postawy wykluczenia Zamawiający dopuścił możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

W dniu 7 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego z uzupełnienia dokumentów, w tym poinformował, iż posiada wiedzę o dwóch umowach których stroną był Odwołujący tj.: (i) „Przebudowa trasy tramwajowej w ul. Dąbrowskiego od ul. Botanicznej do ul. Żeromskiego wraz z węzłem” - umowa zawarta ze spółką Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. (dalej „**Inwestycja Poznań**”); (ii) „Budowa trasy tramwajowej w ul. Hubskiej na odcinku od ul. Glinianej do ul. Dyrekcyjnej we Wrocławiu” - umowa zawarta ze spółką Inwestycje Wrocławskie sp. z o.o. (dalej „**Inwestycja Wrocław**”) od których zamawiający odstąpili z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Zamawiający wskazał w treści pisma, że w jego ocenie wobec Odwołującego mogą zachodzić przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp, a wykonawca może skorzystać z procedury opisanej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp (self-cleaning).

Izba ustaliła, że Odwołujący pismem z dnia 10 maja 2019 r. przedstawił obszerne wyjaśnienia oraz opisał zarówno okoliczności związane z realizacją Inwestycji w Poznaniu oraz Inwestycji we Wrocławiu oraz wyjaśnił, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt. 2 i 4 ustawy Pzp, a tym samym nie ma również podstaw do przeprowadzenia procedury self-cleaning. Treść wyjaśnień została zastrzeżona jako dokument zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, że pismem z 20 maja 2019 r. („**Zawiadomienie**”) Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty, ponieważ w ocenie Zamawiającego, wobec Odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący na zlecenie spółki Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. działającej w imieniu i na rzecz Miasta Poznań („**Zamawiający Poznań**”) na podstawie umowy z dnia 17 marca 2015 r., realizował Inwestycję Poznań. Inwestycja była realizowana w formule „buduj”.

Izba ustaliła, że w okresie od dnia 17 marca 2015 r. (data zawarcia umowy) do dnia 23 czerwca 2016 r. Inżynier Kontraktu sporządził łącznie 33 Protokoły Konieczności, z których wynikała konieczność wykonania robót zamiennych, dodatkowych lub uzupełniających. Treść protokołów oraz ich wpływu na termin realizacji zamówienia jest szczegółowo omówiona w

Opinii z dnia 27 kwietnia 2019 r. złożonej przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 10 maja 2019 r.

W dniu 28 grudnia 2015 r., po przeprowadzeniu negocjacji dotyczących treści zmian do umowy Odwołujący i Zamawiający Poznań zawarli aneks do umowy, zwiększając zakres rzeczowy inwestycji wynikający z konieczności wykonania robót zamiennych, określonych w Protokołach Konieczności zidentyfikowanych do dnia 16 listopada 2015 r. oraz wydłużając okres realizacji przedmiotu umowy do 31 marca 2016 r. Strony zawarły również dwie umowy z dnia 18 grudnia 2015 r. oraz z dnia 28 grudnia 2018 r. na wykonanie robót dodatkowych i uzupełniających.

Izba ustaliła, że w dniu 21 czerwca 2016 r. Odwołujący powiadomił Zamawiającego Poznań oraz Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego i Wojewódzki Inspektorat Nadzoru Budowlanego o wstrzymaniu robót budowlanych na podstawie art. 22 pkt 4) ustawy Prawo budowlane z uwagi na niezgodność dokumentacji projektowej z faktycznym stanem występującym na placu budowy.

Izba ustaliła, że w dniu 28 czerwca 2016 r. Odwołującemu zostało doręczone oświadczenia Zamawiającego Poznań o odstąpieniu od umowy oraz dwóch umów na roboty dodatkowe i uzupełniające. Jednocześnie Zamawiający Poznań obciążył Odwołującego karą umowną za odstąpienie od umowy z winy Odwołującego. Jako powód odstąpienia Zamawiający Poznań wskazał znaczące opóźnienie Odwołującego w realizacji inwestycji, które miało wystąpić z winy Odwołującego. Dodatkowo, w odstąpieniu od umowy wskazano, że fakt, iż wykonawca bezzasadnie zaprzestał wykonywania robót budowlanych i samowolnie opuścił plac budowy oraz mimo pisemnego wezwania nie podjął ich w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, powoduje, iż nie ma możliwości stwierdzenia, czy i kiedy inwestycja będzie mogła zostać wykonana. W związku z powyższym, tym bardziej nie ma możliwości ukończenia umowy.

Izba ustaliła, że pismem z 29 czerwca 2016 r. Odwołujący zakwestionował w całości skuteczność i zasadność odstąpienia Zamawiającego Poznań od umowy. W dniu 1 lipca 2016 r, Odwołujący doręczył Zamawiającemu Poznań oświadczenie o odstąpieniu z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego Poznań.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący na zlecenie spółki Wrocławskie Inwestycje sp. z o.o., działającej w imieniu i na rzecz Gminy Wrocław oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji SA z siedzibą we Wrocławiu („**Zamawiający Wrocław**”) na

podstawie umowy z dnia 25 sierpnia 2017 r., realizował Inwestycję we Wrocławiu. Inwestycja była realizowana w formule „buduj”.

Izba ustaliła, że w toku realizacji umowy strony zawarły w dniu 13 sierpnia 2018 r. Aneks nr 3 na wykonanie robót dodatkowych, Aneks nr 4 z dnia 10 października 2018 r. na wykonanie robót dodatkowych, Aneks nr 5 z dnia 11 października 2018 r. na wykonanie robót dodatkowych. Jak wynika ze złożonej do akt sprawy opinii z dnia 6 czerwca 2019 r. Odwołujący wielokrotnie występował z roszczeniami terminowymi i kosztowymi do zamawiającego. Odwołujący wystąpił z ponad 300 wystąpieniami do inżyniera kontraktu dotyczących oczekiwanego sposobu realizacji robót budowlanych, w tym 43 wystąpienia roszczeniowe ze zgłoszeniem konieczności zapłaty dodatkowego wynagrodzenia i/lub przełożenia czasu realizacji inwestycji.

Izba ustaliła, że w dniu 5 grudnia 2018 r. Zamawiający Wrocław złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W oświadczeniu o odstąpieniu Zamawiający wskazał, że: (1) działania Odwołującego i zła organizacja robót miała prowadzić do zwłoki w wykonaniu robót; (2) Odwołujący nie wykonywał swoich zobowiązań kontraktowych, które doprowadziły m.in. do konieczności zlecenia przez Zamawiającego wykonania zastępczego opracowania projektów organizacji ruchu zastępczego, co miało się przełożyć na opóźnienie w rozpoczęciu robót oraz dodatkowe koszty po stronie zamawiającego oraz (3) Odwołujący miał nie wykonać założeń planu naprawczego.

Dnia 11 grudnia 2018 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu Wrocław swoje stanowisko odnośnie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, w którym uznał oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od umowy za nieważne, nieskuteczne ze względów formalnych jak też i całkowicie bezzasadne.

W dniu 19 lutego 2019 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu Wrocław odstąpienie od umowy, w którym szczegółowo odniósł się do okoliczności, które miały istotny wpływ na przebieg realizacji inwestycji, a za które nie wynikały z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

Izba ustaliła, że w przypadku Inwestycji w Poznaniu okoliczności, które legły u podstaw odstąpienia od umowy przez Zamawiającego Poznań są kwestionowane w ramach sporów sądowych toczących się przed Sądem Okręgowym w Poznaniu z powództwa Odwołującego o zapłatę (sprawa o sygnaturze: IX GC 1145/16/3 oraz IX GC 1058/18/6). W ramach obydwu powództw Odwołujący dochodzi roszczeń pieniężnych, kwestionując zasadność nałożonej na

Odwołującego kary umownej za rzekome odstąpienie od umowy przez Zamawiającego Poznań oraz potrącenia dokonane przez Zamawiającego Poznań na poczet kary umownej. W przypadku Inwestycji we Wrocławiu Odwołujący kwestionuje zasadność i skuteczność odstąpienia Zamawiającego Wrocław od umowy, przy czym strony poddały spór pod rozstrzygnięcie mediatora w ramach postępowania mediacyjnego.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba uznała, że odwołane zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, w konsekwencji zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp

Na wstępie wskazać należy, że art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że wykluczeniu z udziału w postępowaniu podlega wykonawca, jeżeli 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. 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 zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy. W tym względzie pojęcia „poważnego wykroczenia” nie można zastępować pojęciem „okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność” dany wykonawca”.

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 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. „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. Które składa do akt sprawy, M. S., T. W., C. Ż., Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania tom I. Warszawa, 2011).

W świetle dyspozycji art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp - za wyrokiem SO w Krakowie z 23.06.2017 r., sygn. akt: XII Ga 219/17 - nienależytego wykonania zobowiązania nie można automatycznie traktować jako przesłanki wykluczenia, koniecznym pozostaje wykazanie, że jest ono skutkiem zawinionego działania wykonawcy, w szczególności zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oraz, że ma charakter poważnego naruszenia. W konsekwencji, to na Zamawiającym spoczywał ciężar udowodnienia, że niewykonanie umowy w terminie winno zostać zakwalifikowane, jako poważne i zawinione naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę, przy czym niewystarczające jest wykazanie, że doszło do naruszenia więzi obligacyjnej, koniecznym pozostaje wykazanie kwalifikowanej postaci tego naruszenia. To samo zdarzenie (nienależyte wykonanie zobowiązania) może wywołać skutki na gruncie prawa cywilnego i jednocześnie nie stanowić przesłanki wykluczenia w reżimie prawa zamówień publicznych. Wszak uchybienie terminowi wykonania zobowiązania skutkujące odpowiedzialnością kontraktową, czy naliczeniem kary umownej, nie może być automatycznie uznane za nienależyte wykonanie zobowiązania będące skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, przez które należy rozumieć sytuację, w której dłużnik działa z zamiarem naruszenia obowiązków zawodowych, bądź dopuszcza się naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania, względnie nie przestrzega podstawowych zasad ostrożności. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 marca 2004 r. (IV CK 151/03) stwierdził, iż "Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej

sytuacji". Rażące niedbalstwo jest zatem kwalifikowaną postacią winy nieumyślnej, oznacza wyższy jej stopień niż w przypadku zwykłego niedbalstwa, leżący już bardzo blisko winy umyślnej. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 września 2002 r. (I CKN 969/00) wskazał, że wykładnia pojęcia rażącego niedbalstwa powinna uwzględniać kwalifikowaną postać braku zwykłej staranności w przewidywaniu skutków. Rażące niedbalstwo nie może być traktowane jako równoznaczne z niedochowaniem należytej staranności, o której mowa w art. 355 § 2 KC. Rażące niedbalstwo to kwalifikowana postać braku podwyższonej staranności, to zachowanie graniczące z umyślnością.

Przy czym zaznaczyć należy, że wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość i powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania. Miernik postępowania dłużnika, którego istota tkwi w zaniechaniu dołożenia staranności, nie może być formułowany na poziomie obowiązków niedających się wygzekwować, oderwanych od doświadczeń i konkretnych okoliczności.

W stanie faktycznym, do którego odnosi się rozpoznane przez Izbę odwołanie, Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania m.in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji, Zamawiający przywołał brzmienie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że Odwołujący świadomie wykonywał przedmiot umowy przez niezgłoszonych zamawiającemu podwykonawców, a także pomimo otrzymania częściowego wynagrodzenia nie dokonał płatności należnej podwykonawcom. Z treści pisma wywieść należy, że powyższy zakres zarzutu dotyczy Inwestycji we Wrocławiu. W odniesieniu do Inwestycji w Poznaniu Zamawiający wskazał zaś, że Odwołujący dopuścił się poważanego naruszenia obowiązków zawodowych w postaci niezasadnego wstrzymania robót przez Kierownika Budowy, a tym samym zaprzestania wykonywania inwestycji i samowolnego opuszczenia placu budowy. Na potwierdzenie powyższych okoliczności Zamawiający załączył oświadczenie o odstąpieniu od kontraktu we Wrocławiu oraz w Poznaniu oraz pismo Zamawiającego Poznań z dnia 15 kwietnia 2019 r.

W ocenie Izby Zamawiający nie dokonał żadnej samodzielnej analizy i badania okoliczności uzasadniających zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, pomimo ciążącego na nim

obowiązku wykazania kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek zawartych ww. przepisie. Nie dokonał zindywidualizowanej oceny zachowania wykonawcy podczas realizacji Inwestycji we Wrocławiu oraz w Poznaniu. Postępowanie dowodowe Zamawiającego ograniczyło się bowiem do przytoczenia w treści uzasadnienia części argumentów zawartych w oświadczeniach o odstąpieniu oraz załączeniu pism do Zawiadomienia (tj. pisma z dnia 15 grudnia 2018 r. na podstawie którego Zamawiający Wrocław odstąpił od realizacji umowy oraz pisma z dnia 28 czerwca 2016 r. na podstawie, którego Zamawiający Poznań odstąpił od realizacji umowy). Wskazać jednakże należy, że pisma te (*de facto* stanowiące jednostronną ocenę sytuacji związanej z realizacją danego zamówienia publicznego dokonaną przez zamawiającego) nie są wystarczającym dowodem na wykazanie, iż zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Ocena zasadności przesłanek wykluczenia nie może opierać się wyłącznie na subiektywnej ocenie sytuacji dokonanej przez inny podmiot zamawiający. Podkreślić bowiem należy, że interes zamawiającego nie zawsze jest tożsamy z interesami wykonawców realizujących zamówienia. Choć co do zasady dążą oni do realizacji jednego celu tj. wykonania zamówienia publicznego, to jednak, jak w każdym zobowiązaniu kontraktowym, pojawić się mogą spory co do interpretacji zapisów umownych czy dokumentacji stanowiącej podstawę realizacji umowy. Strony mogą dokonywać odmiennej oceny zaistniałych okoliczności faktycznych czy prawnych, to skutkować może sporami w trakcie realizacji umowy. Obiektywna zaś ocena danej sytuacji, to próba podjęcia analizy stanowisk obu stron sporu, analiza materiału dowodowego i ocena mocy dowodowej poszczególnych dokumentów jak i stanowisk stron.

W świetle zatem art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie obiektywnej oceny naruszeń obowiązków zawodowych przez Odwołującego, w tym wykazanie winy poprzez rzetelną analizę okoliczności związanych z realizacją zamówień. Analiza zaś Zamawiającego ograniczyła się do przytoczenia stanowisk zamawiających z innych postępowań. Wskazać należy, że w zakresie Inwestycji we Wrocławiu do pisma o odstąpieniu od umowy nie zostały załączone żadne dokumenty źródłowe stanowiące potwierdzenie okoliczności na jakie powołuje się zamawiający. Opisowe podanie przez Zamawiającego Wrocław przyczyn uzasadniających odstąpienie od umowy z winy wykonawcy nie może być uznane za wystarczający dowódów w niniejszej sprawie. W treści decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający nie wskazał jakie dokumenty źródłowe analizował przed podjęciem decyzji. Podczas rozprawy Zamawiający złożył w poczet materiału dowodowego Porozumienia w sprawie płatności z podwykonawcami, potwierdzenia dokonania płatności na rzecz określonych podmiotów, korespondencję z wykonawcami, którzy uczestniczyli w realizacji Inwestycji we Wrocławiu, jednakże dokumenty te nie zostały wskazane w treści uzasadnienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Skoro

Zamawiający powołuje się na naruszenie obowiązków zawodowych z powodu braku dokonania płatności na rzecz podwykonawców, to winien w treści swojej decyzji wskazać w szczególności dowody na jakich opiera swoje twierdzenia, w tym wezwania do zapłaty skierowane do zamawiającego we Wrocławiu, ustalenia co do ewentualnych zastrzeżeń wniesionych przez Odwołującego co do dokonania zapłaty bezpośrednio przez zamawiającego, wartości dokonanych wpłat, przyczyn braku ewentualnej zapłaty przez Odwołującego. Dokumenty te winny być przywołane w piśmie Zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się do nich ustosunkować w sytuacji skorzystania w procedury self – cleaningu, zaś ustalenia przyczyn braku zapłaty stanowi nieodzowny element wykazania zawinienia wykonawcy. Podobnie w zakresie naruszenia obowiązku zawodowego w postaci braku zgłoszenia podwykonawców przez Odwołującego. Również w tym zakresie brak jest jakiegokolwiek analizy ze strony Zamawiającego. W załączonym piśmie o odstąpieniu od umowy Wrocławskie Inwestycje również nie wskazały na jakich okolicznościach opierają swoje zarzuty, jakie dokumenty potwierdzają brak zgłoszenia podwykonawców, jaka była skala uchybienia i czy Odwołujący uzasadnił czy też kwestionował zarzut postawiony przez Zamawiającego Wrocław.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca zobowiązany jest dokonywać terminowej płatności na rzecz swoich podwykonawców. Niewykonanie takiego zobowiązania może stanowić poważne naruszenie obowiązków, jednakże zaistnienia takiego faktu musi być wykazane przez Zamawiającego. Z uzasadnienia Zamawiającego winno wynikać na jakich dokumentach oparł swoje twierdzenia, jakie kwoty zostały niezapłacone i czy ewentualnie wykonawca kwestionuje dokonane zapłaty przez zamawiającego. Takich okoliczności Zamawiający w analizowanej sprawie nie zawarł w treści uzasadnienia. Podkreślić należy, że nie są to czynności proste i łatwe do realizacji. Wymagają zaangażowania Zamawiającego, wiedzy i niejednokrotnie konieczności analizy wielowątkowych i skomplikowanych aspektów danego zamówienia. Z uwagi jednak na daleko idące konsekwencje wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, takie działania, są w ocenie Izby, konieczne. Tylko bowiem obiektywna ocena zdarzeń przez Zamawiającego, odzwierciedlona i uzasadniona w treści jego decyzji może stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy.

Podkreślić w końcu należy, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w treści decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie zarzutu naruszenia obowiązków zawodowych podczas realizacji inwestycji we Wrocławiu Zamawiający ograniczył się wyłącznie do wskazania braku dokonania płatności na rzecz podwykonawców oraz wykonywania przedmiotu umowy przez niezgłoszonych podwykonawców. Domyślanie się z treści pisma z dnia 5 grudnia 2018 r., które inne zarzucane

uchybień przez Zamawiającego we Wrocławiu stanowią, w ocenie Zamawiającego, poważne zawinione naruszenie obowiązków zawodowych nie jest obowiązkiem Odwołującego, a tym bardziej Izby. Zamawiający winien w sposób precyzyjny wskazać jakie obowiązki zostały naruszone, źródło danego obowiązku, stopień naruszeń oraz winę wykonawcy. W ocenie Izby, w decyzji o wykluczeniu Odwołującego takie okoliczności nie zostały wskazane. Załączenie pisma do Zawiadomienia nie zwalnia Zamawiającego z nałożonego ciężaru wykazania przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Dalej wskazać należy, że w zakresie Inwestycji w Poznaniu, Zamawiający upatrywał poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w niezasadnym wstrzymaniu robót przez Kierownika Budowy. Takie uzasadnienie nie może być uznane za wystarczające do wykluczenia wykonawcy. Zamawiający nie odniósł się z żaden sposób do okoliczności faktycznych wstrzymania robót oraz do stanowiska wykonawcy. Oparcie się wyłącznie na jednostronnej wypowiedzi Zamawiającego Poznań nie jest obiektywną analizą okoliczności związanych z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Z treści Powiadomienia w żaden sposób nie można ustalić jaką postać winy Zamawiający przypisał działaniom wykonawcy i z czego wywodzi swoje twierdzenia, na jakich dowodach się oparł i dlaczego nie dał wiary twierdzeniom Odwołującego.

Podkreślić należy, że stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp ma doniosłe znaczenie dla wykonawcy, ponieważ może znacznie ograniczyć jego udział na rynku usług objętych danym zamówieniem lub nawet go z niego wykluczyć. W związku z tym zamawiający powinni dochowywać szczególnej staranności przy sporządzaniu uzasadnienia na okoliczność wykluczenia wykonawcy na tej podstawie. W analizowanym stanie faktycznym uzasadnienie Zamawiającego było lakoniczne, nie odnosiło się do żadnych samodzielnych ustaleń, a tym bardziej do dowodów na podstawie, których stwierdzono spełnienia przesłanek z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp. Załączenie pism innych zamawiających, które również w sposób dość ogólny odnoszą się do przyczyn odstąpienia i w sposób jednostronny opisują uchybień wykonawcy nie może być uznane za rzetelną analizę okoliczności związanych z realizacją inwestycji. Ani w treści decyzji o wykluczeniu wykonawcy ani podczas rozprawy Zamawiający nie wskazał czy zapoznał się ze stanowiskiem Odwołującego złożonym do obu zamawiających w odpowiedzi na odstąpienie od umowy. Nie wyjaśnił dlaczego dał wiarę twierdzeniom Poznańskich Inwestycji Miejskich oraz Wrocławskich Inwestycji, a pominął twierdzenia Odwołującego. Działanie w zaufaniu do instytucji publicznych nie może zwalniać Zamawiającego od samodzielnej obiektywnej analizy, zwłaszcza w sytuacji, w której w treści pism od odstąpienia nie ma analizy ani szczegółowego odniesienia się do stanowiska Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Zamawiający nie wykazał, iż ziszczył się przesłanki do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Powyższa podstawa wykluczenia ma charakter fakultatywny, co oznacza, że jeżeli Zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na tej podstawie, to musi ją wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 ustawy Pzp). Aby jednak dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania na tej podstawie wszystkie określone w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy pzp przesłanki muszą zaistnieć łącznie. Przesłankami tymi są: niewykonanie lub nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, zawartej z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, które nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, istotny stopień niewykonania lub nienależytego wykonania tej umowy, a także będące tego skutkiem rozwiązanie umowy lub zasądzenie odszkodowania. Stosując art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp należy mieć na uwadze, iż przepis ten stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w którym wskazano, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Mieć należy także na względzie wskazówki przedstawione w preambule do Dyrektywy klasycznej (motyw 101), gdzie wyjaśniono, iż instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia tych oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów, jak również zaznaczono, że drobne nieprawidłowości mogą prowadzić do wykluczenia wykonawcy jedynie w wyjątkowych okolicznościach. Wskazano także, że stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności.

W ocenie Izby 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.

Ponadto niezależnie od wykazania istotności zachowania wykonawcy, zamawiający musi jeszcze wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w ogóle nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależycie wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy. Skład orzekający Izby w pełni podziela pogląd przedstawiony w wyroku KIO z dnia 8 stycznia 2018 r. sygn. akt KIO 2711/17, iż to rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Podkreślić bowiem należy, że stwierdzenie naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp ma doniosłe znaczenie dla wykonawcy wobec którego zostało stwierdzone ponieważ może znacznie ograniczyć jego udział na rynku usług objętych danym

zamówieniem lub nawet go z niego wykluczyć. W związku z tym zamawiający powinni dochowywać szczególnej staranności przy sporządzaniu uzasadnienia na okoliczność wykluczenia wykonawcy na tej podstawie.

W sprawie będącej przedmiotem rozpoznania Izby Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania nie wykazał, że ziściły się wszystkie przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Decyzja o wykluczeniu Odwołującego została oparta o treść pism Zamawiającego we Wrocławiu oraz Zamawiającego w Poznaniu, zawierających oświadczenia o odstąpieniu od umów z winy Odwołującego z powodu niewykonania umowy. Podkreślić jednakże należy, że samo odstąpienie od umowy jest jednym z elementów konstrukcji tego przepisu i to elementem wtórnym oraz wynikowym. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez Zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednocześnie wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków przede wszystkim kontraktowych, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata. Z punktu widzenia art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp oparcie się wyłącznie na jednostronnych oświadczeniach zamawiających, wskazujących na przyczyny odstąpienia od umów, bez analizy stanowiska drugiej strony umowy, analizy dowodów składanych przez wykonawcę nie może być uznane za wyczerpującą i wszechstronną ocenę powodów odstąpienia przez instytucję zamawiającą od realizacji umowy. Gdyby bowiem przyznać prymat oświadczeniom składanym przez instytucje zamawiające o przyczynach odstąpienia od umów i tylko na takiej podstawie decydować o wykluczeniu wykonawców z postępowania, to prowadziłyby to do nieuprawnionego uprzywilejowania instytucji zamawiających na rynku zamówień publicznych, a w konsekwencji częstokroć do eliminowania z rynku wykonawców, których stanowiska czy argumentacja zostaje bezzasadnie pominięta.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do stanowiska Odwołującego dotyczącego przyczyn opóźnień w realizacji Inwestycji w Poznaniu oraz Inwestycji we Wrocławiu. Decyzja o wykluczeniu wykonawcy została oparta wyłącznie o treść pism Zamawiającego we Wrocławiu oraz w Poznaniu. Nie ma żadnych informacji w treści Zawiadomienia z dnia 20 maja 2019 r. czy Zamawiający analizował argumenty Odwołującego dotyczące przyczyn opóźnień związanych z realizacją umów, przywoływanych wad dokumentacji projektowej, zmian na rynku budowlanym. Nie ma również żadnego uzasadnienia dlaczego dał wiarę wyłącznie twierdzeniom innych zamawiających, a pominał

twierdzenia Odwołującego, przedłożonego przez niego dowody w tym m.in. opinię z dnia 27 kwietnia 2018 r. dotyczącą zasadności żądania przedłużenia czasu realizacji umowy. Wykazanie zasadności zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest niejednokrotnie skomplikowanym i czasochłonnym procesem, zwłaszcza w sytuacji, gdy dotyczy długoterminowych umów na roboty budowlane. Spory związane z realizacją takich umów mają niejednokrotnie wielopłaszczyznowe uwarunkowania, które muszą być w pierwszej kolejności zidentyfikowane, a następnie ewentualnie przypisane wykonawcy. Jak Izba wskazała powyżej, pisma załączone do decyzji o wykluczeniu wykonawcy są wyłącznie jednostronną oceną zdarzeń jakie miały miejsce w trakcie realizacji Inwestycji w Poznaniu i we Wrocławiu. Stanowią subiektywną ocenę sytuacji i działań wykonawcy przez zamawiających i nie mogą być uznane przez Izbę za jedyne właściwe źródło informacji o przyczynach odstąpienia od realizacji umów. Analiza pism złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na odstąpienia, jak również analiza pism Odwołującego o odstąpieniu od realizacji Inwestycji we Wrocławiu oraz Poznaniu, opinie złożone do akt sprawy wskazuje na wieloaspektowość przyczyn opóźnienia realizacji ww. inwestycji, do których Zamawiający w żaden sposób się nie odniósł.

Podkreślić również należy, że w piśmie z dnia 5 grudnia 2018 r. Inwestycje Wrocławskie złożyły oświadczenie o odstąpieniu od umowy zawartej z Odwołującym. Przyczyny odstąpienia zawierają wiele ocennych elementów dotyczących sposobu organizacji pracy, posiadanym doświadczeniu czy sposobie wykonywania umowy. Tezy te są subiektywną oceną sytuacji przez zamawiającego i nie sposób uznać, iż jest to jedyny słuszny dowód w sprawie świadczący o zawinionym niewykonaniu umowy przez Odwołującego. Podobna w przypadku pisma z dnia 28 czerwca 2016 r. wystosowanym przez Zamawiającego w Poznaniu. Pismo to zawiera jednostronną ocenę wybranych zachowań i działań Odwołującego. Ponadto wskazać należy, że z treści pisma z dnia 15 kwietnia 2019 r. Zamawiający Poznań wskazał, że obecnie toczy się postępowanie dotyczące żądania zapłaty przez Odwołującego. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie odniósł się do tych okoliczności. Nie wskazał czy analizował stanowisko Odwołującego w tym zakresie i dlaczego uznał je za niezasadne.

Reasumując Izba uznała, że Zamawiający dokonując czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania nie sprostął obowiązkowi wynikającemu z treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, który w przypadku wykluczenia wykonawcy obliguje podmiot zamawiający do podania uzasadnienia prawnego oraz faktycznego. Powyższe wynika w szczególności powiązania tego przepisu z treścią normy prawnej ujętej w 2 i 4 ustawy Pzp, która w swojej hipotezie sankcję w postaci wykluczenia wiąże przede wszystkim z koniecznością wykazania przez Zamawiającego, iż zostały spełnione kumulatywnie wszystkie przesłanki konieczne do zastosowania ww. przepisów.

Odnosząc się do art. 24 ust. 8 ustawy Pzp to zgodzić się należy z Odwołującym że procedura „samooczyszczenia” (self-cleaning) winna dotyczyć wyłącznie wykonawców w przypadku których jednoznacznie oraz ponad wszelką wątpliwość stwierdzono, iż rozwiązanie umowy o zamówienie publiczne wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy lub wykonawców, którzy nie kwestionują swojej winy związanej z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy. Ponieważ, w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wykazał, że Odwołujący dopuścił się on poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych (jest winny poważnego wykroczenia zawodowego) oraz że realizowane przez niego umowy o zamówienie publiczne, w tym umowy dotyczące Inwestycji w Poznaniu i Inwestycji we Wrocławiu zostały rozwiązane z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, w JEDZ wykonawca złożył oświadczenie, iż taka sytuacja w jego przypadku nie zachodzi. W konsekwencji powyższego Odwołujący nie był również uprawniony lub zobowiązany do przeprowadzenia samooczyszczenia (self-cleaning), a wykluczenie Odwołującego jest bezzasadne.

Izba natomiast nie podziela stanowiska Odwołującego, że skoro istniejące pomiędzy stronami spory co do zasadności i skuteczności złożonych oświadczeń o odstąpieniu od umów oraz podstaw faktycznych i prawnych odstąpienia (a tym samym zakwestionowania niewykonania bądź nienależytego wykonania umów, z przyczyn zależnych od Odwołującego) zostały poddane pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego (Inwestycja w Poznaniu) oraz mediacji, to Zamawiający w toku Postępowania nie ma uprawnień do rozstrzygania o winie Odwołującego i niejako „wyręczania” organów i instytucji posiadających kompetencje do zbadania okoliczności faktycznych i prawnych, które legły u podstaw sporu. Gdyby bowiem przyjąć takie stanowisko za prawidłowe możliwość zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp zostałyby w sposób nieuprawniony ograniczona. Ustawodawca nie wprowadził w ww. przepisach ograniczeń, na które powołuje się Odwołujący i nie ma żadnych racjonalnych przesłanek do przyjęcia tak wąskiej interpretacji art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp. Ustawodawca nałożył na zamawiających obowiązek obiektywnej i zindywidualizowanej oceny zachowań wykonawców połączony z obowiązkiem wykazania ziszczenia się przesłanek koniecznych do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający decydując się na skorzystanie z przywołanych przepisów muszą mieć świadomość, iż powierzchowna i jednostronna ocena zachowań wykonawcy w toku realizacji inwestycji nie czyni zadość powyższym wymaganiom. Badanie naruszenia konkretnych obowiązków zawodowych przez wykonawcę czy niewykonania umowy wymaga wszechstronnej analizy okoliczności związanych z naruszeniem, przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego z wykonawcą i dokonania obiektywnej oceny w ramach konkretnego postępowania przetargowego. Takie działania gwarantują bowiem zachowanie zasady proporcjonalności i minimalizuje ryzyko

wykluczenia wykonawcy z postępowania, w sytuacji braku obiektywnego spełnienia warunków określonych w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 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. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: