

WYROK
z dnia 18 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „OSTRADA” Sp. z o.o., ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa,**

przy udziale:

1. wykonawcy **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 156, 18-400 Łomża,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „OSTRADA” Sp. z o.o., ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „OSTRADA” Sp. z o.o., ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „OSTRADA” Sp. z o.o., ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka**, na rzecz zamawiającego **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa**, kwotę **3 600 zł 00 gr** (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych z tytułu 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 Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 645 na odcinku od km 3+469,70 do km 8+778,18 (L = 5,308 km) odcinek od m. Zawodzie do m. Dęby – nr postępowania 124/19”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 lipca 2019 r., nr 576662-N-2019. Pismem z dnia 29 sierpnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „OSTRADA” Sp. z o.o., ul. Lokalna 2, 07-410 Ostrołęka (dalej: „odwołujący”), na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 3 września 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie mimo braku ziszczenia się przesłanek objętych tym przepisem w stosunku do odwołującego, a w konsekwencji art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum UNIBEP, mimo iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje: „Podstawą prawną wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania stał się art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp (...) Dla zastosowania tego przepisu, w kontekście zakresu zarzutów Odwołania, konieczne jest dowiedzenie, iż Wykonawca: 1) nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniejszą umowę z przyczyn leżących po jego stronie; 2) nie wykonał lub nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę. Powyższe okoliczności miały, zdaniem Zamawiającego zajść, w stosunku do:

- 1) realizacji Umowy nr 499/W/RZ/2016 zawartej w dniu 22 sierpnia 2016 r. na wykonanie zadania „Remont nawierzchni jezdni drogi wojewódzkiej nr 645 Myszyniec-Łomża na odcinku od km 14+245 do km 15+700 (L=1,455 km) w miejscowości Łyse”,
- 2) realizacji umowy nr 235/05/MZDW/2017/RZ zawartej w dniu 16 maja 2017 r. na wykonanie zadania pod nazwą „Remont drogi wojewódzkiej nr 627 Ostrołęka Ostrów Mazowiecka w km 5+300 do km 6+350 m Rzekuń (L-1050 km)”.

Odwołujący kwestionuje zarówno winę Wykonawcy (przesłankę „przyczyn leżących po jego stronie”), jak i istotność niewykonania lub nienależytego wykonania w odniesieniu do obu zawartych wcześniej kontraktów.

W odniesieniu do umowy nr 499/W/RZ/2016 wskazać należy, iż wartość robót niewykonanych na dzień odstąpienia Zamawiającego od umowy wynosiła 16.361,95 zł brutto, co stanowiło 3,58 % wartości wszystkich wykonanych robót. Niewykonane roboty miały charakter prac nieistotnych w stosunku do całości przedmiotu zamówienia i dotyczyły jedynie trzech pozycji przedmiarowych:

- frezowania nawierzchni asfaltowych;
- remontu ścieku przy krawężnikowego;
- wykonania warstwy ścieralnej;

przy czym zakres tych prac (mierzony w m² lub mb) był nieduży. Trudno zatem twierdzić, iż niewykonanie zakresu zamówienia miało charakter istotny. Warto również podkreślić, iż jedyną przyczyną odstąpienia od umowy wyrażoną w piśmie Zamawiającego z dnia 9 października 2017 (nr pisma U-I.470.500.17) roku było niewykonanie ww. robót objętych umową, przy czym odstąpienie dotyczyło tylko wykonania zakresu tych robót. Podkreślić należy, iż Zamawiający uprzednio nie dokonywał czynności odstąpienia od umowy mimo, iż od formalnej daty zakończenia wykonania robót wynikającej z umowy a datą faktycznie wykonywanych prac istniała znaczna różnica.

Dodatkowo zauważyć należy, iż Zamawiający już po dokonaniu odstąpienia dokonał, przy udziale przedstawicieli Wykonawcy, odbioru końcowego robót wykonanych (tj. nieobjętych odstąpieniem) oddając obiekt do eksploatacji (Część III, punkt 1 litera a Protokołu) co wynika wprost z treści protokołu odbioru. W protokole tym potwierdzono również zgodność wykonanych robót z dokumentacją i wymaganiami SIWZ (Część II, punkt 2 protokołu), a oceny jakościowe zarówno materiałów podstawowych, ich zgodności ze specyfikacją i warunkami umowy, a także obiektu, dokonywana na podstawie opinii technicznej odbierającego oraz pomiarów geologicznych, uzyskały pozytywne oceny (Część II, punkty 5 i 6). Dodatkowo wykonane roboty zostały objęte gwarancją/rękojmią, a Wykonawca złożył zabezpieczenie należytego wykonania umowy w celu zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady.

W konsekwencji Zamawiający wykonał istotną część zamówienia (96,5 %), która została odebrana przez Zamawiającego i oddana do eksploatacji (ocena należytego lub nienależytego wykonania odebranego obiektu jest nieistotna z punktu widzenia zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp), a okolicznością doprowadzenia do rozwiązania umowy (odstąpienia) było wyłącznie niewykonanie 3,5 % wartości zamówienia, co nie może być równoznaczne z okolicznością istotnego niewykonania lub nienależytego wykonania (całości) zamówienia.

Co do przyczyn opóźnienia w wykonaniu prac Odwołujący wielokrotnie je wskazywał Zamawiającemu w toku realizacji kontraktu m.in. w piśmie z dnia 10 lipca 2019 r. (nr PRDM/WR/2/0209/2016/01/2017), w którym wskazał jako przyczyny opóźnienia m.in.

okoliczności niezależne od Wykonawcy takie jak awaria i zamknięcie mostu na rzece Narew (wraz ze szczegółowym uzasadnieniem wpływu tej awarii na możliwość realizacji kontraktów) oraz kolizji planowanych do wykonania prac z pracami z zakresu umowy nr 601/W/RC/2016 z dnia 17.10.2016 r.

Odnosząc się do umowy nr 235/05/MZDW/2017/RZ to również wskazać należy, iż wyłączną przyczyną odstąpienia od umowy wskazaną w piśmie Zamawiającego było niewykonanie wszystkich robót objętych kontraktem tj. na dzień odstąpienia:

- niewykonanie ścieku ulicznego na wysokości posesji nr 18 i 20 przy ul. Słowackiego;
- niewymienienie i nieuruchomienie znaku aktywnego mającego wpływ na bezpieczeństwo użytkowników ruchu drogowego.

Wartość tych robót wynosiła 7.373,85 zł brutto przy wartości kontraktu 767.858,25 zł, co stanowi niecały 1 % wartości całego kontraktu. Trudno zatem twierdzić, iż niewykonanie zakresu zamówienia miało charakter istotny. Podkreślić ponownie należy, iż wyłączną przyczyną odstąpienia od umowy wskazaną w ww. piśmie było niewykonanie w całości ww. robót a odstąpienie dotyczyło tylko zakresu tych robót. Tym samym tylko niewykonanie tych robót doprowadziły do rozwiązania przedmiotowej umowy. Również w zakresie tej umowy Zamawiający nie dokonywał uprzednio czynności odstąpienia od umowy mimo, iż od formalnej daty zakończenia wykonania robót wynikającej z umowy a datą faktycznie wykonywanych prac istniała znaczna różnica.

Dodatkowo zauważyć należy, iż również w odniesieniu do tej umowy Zamawiający już po dokonaniu odstąpienia dokonał, przy udziale przedstawicieli Wykonawcy, odbioru końcowego robót nieobjętych odstąpieniem oddając wykonany już obiekt do eksploatacji (Część III, punkt 1 litera a Protokołu), co wynika wprost z treści protokołu odbioru. W protokole tym potwierdzono zgodność wykonanych robót z dokumentacją i wymaganiami SIWZ (Część II, punkt 2 protokołu) a oceny jakościowe zarówno materiałów podstawowych, ich zgodności ze specyfikacją i warunkami umowy, a także obiektu, dokonywana na podstawie opinii technicznej odbierającego oraz pomiarów geologicznych, były pozytywne (Część II, punkty 5 i 6). Dodatkowo wykonane roboty zostały objęte gwarancją/rękojmią a Wykonawca złożył zabezpieczenie należytego wykonania umowy w celu zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady.

W konsekwencji Zamawiający wykonał istotną część zamówienia (ponad 99 %), która została odebrana przez Zamawiającego i oddana do eksploatacji (ocena należytego lub nienależytego wykonania odebranego obiektu jest nieistotna z punktu widzenia zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust 5 pkt 4 ustawy Pzp) a okolicznością doprowadzenia do rozwiązania umowy (odstąpienia) było wyłącznie niewykonanie 1 % wartości zamówienia, co nie może być równoznaczne z okolicznością istotnego niewykonania lub nienależytego wykonania (całości) zamówienia. W zakresie tego kontraktu

stwierdzić należy również, iż przyczyny nie wykonania zamówienia w zakładanym terminie były przyczynami niezależnymi od Wykonawcy, o czym Zamawiający na bieżąco był informowany.

Odwołujący podkreśla, iż sformułowania zawarte w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej jakoby Odwołujący zapłacił kary umowne (w obu kwestionowanych umowach) są wysoce nieprecyzyjne. Kary umowne zostały bowiem jednostronnie potrącone przez Zamawiającego z należnego Odwołującemu wynagrodzenia a ich wysokość i zasadność będzie kwestionowana w odrębnym powództwie cywilnym. Podsumowując, wniesienie niniejszego odwołania należy uznać za konieczne i uzasadnione.”

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum UNIBEP jako najkorzystniejszej,
- 2) ponowienia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismami, które wpłynęły do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2019 r., wykonawcy:

1. Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków,
 2. Konsorcjum: UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o., ul. Sikorskiego 156, 18-400 Łomża,
- zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 17 września 2019 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł w szczególności:

„Umowa nr 499/W/RZ/2016 została zawarta w dniu 22 sierpnia 2016r. i miała zostać wykonana do dnia 21 października 2016r. (...) Po upływie terminu jej wykonania Wykonawca nawet nie przystąpił do jej realizacji. (...) Wykonawca dopiero w dniu 03 grudnia 2016r. wprowadził czasową organizację ruchu. (...)”

W dniu 30.12.2016r. Wykonawcy pozostało do wykonania ułożenie warstwy ścieralnej na wlotach dróg podrzędnych, wymiana 200mb ścieku przykrawężnikowego, regulacja wysokościowa kratek ściekowych, aktualizacja projektu SOR, wykonanie oznakowania poziomego grubowarstwowego. (...) Do września 2017r., pomimo wielokrotnych wezwań ze strony Zamawiającego umowa nadal nie była wykonana. (...)”

Pismem z dnia 18.09.2017r. Zamawiający wyznaczył Wykonawcy nieprzekraczalny termin wykonania robót. (...) Wobec nie wykonania całości umowy przez Wykonawcę we wskazanym terminie Zamawiający pismem z dnia 09.10.2019r. odstąpił od umowy w części nie wykonanej. (...)”

Jak wynika z przedłożonych dokumentów do nie wykonania przedmiotowej umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Do dnia odstąpienia od umowy Wykonawca pozostawał w zwłoce w realizacji przedmiotowej umowy 228 dni (przy terminie wykonania określonym przez strony na 60 dni), umowy nie wykonał w całości i z tych tytułów zapłacił zamawiającemu zapłacił karę umowną w wysokości 182 952,66 zł (słownie: sto osiemdziesiąt dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote i sześćdziesiąt sześć groszy).

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że odstąpienie dotyczyło tylko nie wykonanej części umowy wskazuję, że przedmiotem umowy był remont nawierzchni drogi. Odstąpienie od całości umowy w tym przypadku oznaczałoby, że Zamawiający, zgodnie z postanowieniami art. 494 kc zobligowany byłoby zwrócić Wykonawcy to, co otrzymał od niego na mocy umowy, co w przypadku rodzaju robót które wykonywał Odwołujący nie jest praktycznie możliwe. Konsekwencją odstąpienia od każdej z umów w części było odebranie prac wykonanych co w żadnej mierze zmienia faktu, że umowa nie została wykonana.

Umowa nr 235/05/MZDW/2017/RZ została zawarta w dniu 16 maja 2017r. i miała zostać wykonana do dnia 15 września 2017r. (...) Wykonawca do dnia 11 lipca 2017r. nie rozpoczął prac. (...) Wykonawca pomimo wielokrotnych wezwań Zamawiającego, w sposób uporczywy nie wykonywał prac. (...)

W dniu 29 maja 2018r. Wykonawca złożył Zamawiającemu pismo, w którym poinformował o braku możliwości kontynuowania prac przy realizacji zadania. Wykonawca w piśmie stwierdza, że poczynił wszystko aby uruchomić znaki aktywne, jednak nie przyniosło to oczekiwanych efektów. (...) W związku z oświadczeniem Wykonawcy Zamawiający w dniu 04.06.2018r. odstąpił od umowy. (...)

W świetle przedłożonych dokumentów nie powinien budzić wątpliwości fakt, że do nie wykonania przedmiotowej umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, który pomimo pozostawania w zwłoce w wykonaniu umowy ponad 160 dni w dniu 29.05.2018r. oświadczył Zamawiającemu, że nie widzi możliwości kontynuowania prac.

Z uwagi na nie wykonanie umowy oraz z uwagi na jej nienależyte wykonywanie tj. zwłokę w wykonaniu części od której Zamawiający nie odstąpił Wykonawca zapłacił karę umowną w wysokości 257.202,12 zł (słownie: dwieście pięćdziesiąt siedem tysięcy dwieście dwa złote i dwanaście groszy).

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że odstąpienie dotyczyło tylko nie wykonanej części umowy wskazuję, że przedmiotem umowy był remont drogi. Odstąpienie od całości umowy w tym przypadku oznaczałoby, że Zamawiający, zgodnie z postanowieniami art. 494 kc zobligowany byłoby zwrócić Wykonawcy to, co otrzymał od niego na mocy umowy, co w przypadku rodzaju robót które wykonywał Odwołujący nie jest praktycznie możliwe. Konsekwencją odstąpienia od umowy w części nie wykonanej było odebranie prac wykonanych co w żadnej mierze nie przesądza o nie wykonaniu umowy”.

Pismem z dnia 17 września 2019 r. przystępujący konsorcjum UNIBEP S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. przedstawił stanowisko, w którym podniósł w szczególności:

„Pojęcie istotności należy zatem odnosić nie tylko do wartości czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależycie wykonany, ale także za ustawodawstwem unijnym należy oceniać czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące. (...) W przeciwieństwie do uchylonego art. 24 ust. 1 pkt 1a), który wprost wskazywał określoną wartość procentową niezrealizowanego zamówienia w stosunku do wartości umowy (która wynosiła zaledwie 5%), Odwołujący błędnie utożsamiał „istotność nienależytego lub niewykonania umowy”, o której mowa w hipotezie normy art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, wyłącznie z określonym stopniem wykonania tej umowy pod względem wartościowym czy rzeczowym, wbrew brzmieniu przepisu, który nie konkretyzuje takiego punktu odniesienia. (...)

Biorąc pod uwagę przedmiot i skalę zamówienia oraz specyfikę i sposób świadczenia usług będących jego przedmiotem należy stwierdzić, że miało miejsce poważne naruszenia obowiązków zawodowych. Uchybienia w realizacji umowy, które wystąpiły, w odniesieniu do całego zamówienia należy uznać po pierwsze za istotne. Realizacja przedmiotu umowy, która przewidywała jego wykonanie w terminie 4 miesięcy, kiedy rzeczywiście wykonane prace wykonywane: przez Wykonawcę przedłużyły tą realizację do roku, w pełni uzasadnia przesłankę do zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp. Sam fakt realizacji przedmiotu umowy w 99% w sytuacji, gdy nie zostały zachowane pierwotne terminy ich wykonania, należy uznać w kontekście przedmiotowej sprawy za bezzasadny. (...)

Okoliczności odstąpienia od niezrealizowanej umowy nr 499/W/RZ/2016, podobnie jak w wyżej omawianym przypadku, dotyczyły niewykonania przez Wykonawcę całości robót objętych umową. Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż zakres ich niewykonania był nieistotny i w stosunku do całego przedmiotu umowy wynosił jedynie 3,58%. Pomimo tożsamości działań Odwołującego, które również w tym przypadku spowodowały istotne opóźnienie w realizacji umowy (wykonanie umowy w terminie od dnia 22.08.2016r. do dnia 21.10.2016r. — odstąpienie od umowy przez Zamawiającego nastąpiło w dniu 09.10.2017r.), to jednakże niezrealizowanie całości robót objęto elementy istotne dla charakteru przedmiotu umowy.

Przedmiot umowy nr 499W/RZ/2016 nie został zrealizowany w zakresie wykonania frezowania nawierzchni asfaltowych, remontu ścieku przykrawężnikowego oraz wykonania warstwy ścieralnej. Pomimo niskiego zakresu tych prac, ich zrealizowanie były istotne dla Zamawiającego. Ich niewykonanie uniemożliwiało naniesienia na nawierzchnię drogi znaków, pasów i innych oznaczeń wykorzystywanych w ruchu drogowym i mających wpływ na bezpieczeństwo w komunikacji. Oddanie do użytku przedmiotu umowy, wykonanego

nawet w 96,5%, ale obarczonego w/w brakami, było niedopuszczalne ze względu na nie spełnianie wymogów bezpieczeństwa, a więc niewykonane roboty miały charakter jak najbardziej istotny i rażący.”

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa drogi wojewódzkiej nr 645 na odcinku od m. Zawodzie do m. Dęby. Zamawiający przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz przesłankę wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

W postępowaniu złożono 5 ofert, z których pod względem ceny (pozostałe dwa kryteria oceny ofert nie wpłynęły na ranking ofert):

- 1) oferta odwołującego uplasowała się na pierwszej pozycji,
- 2) oferta przystępującego konsorcjum UNIBEP uplasowała się na drugiej pozycji i została uznana za najkorzystniejszą,
- 3) oferta przystępującego Strabag uplasowała się na czwartej pozycji.

Odwołujący składając ofertę nie skorzystał z instytucji samooczyszczenia.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„Przyczyną odstąpienia od niezrealizowanej części umowy nr 235/05/MZDW/2017/RZ było nie wykonanie przez Wykonawcę całości robót objętych umową.

Przedmiotowa umowa została podpisana w dniu 16.05.2017r. a termin jej wykonania strony określiły na 15.09.2017r. Do dnia 11.07.2017r. Wykonawca nie rozpoczął wykonywania prac i nie przedstawił Zamawiającemu harmonogramu wykonania robót. Zaawansowanie robót, pomimo licznych monitów ze strony Zamawiającego, na dzień 04.09.2017r. a więc 11 dni przed upływem terminu wykonania umowy wynosiło zaledwie ok. 30%. Zwłoka w realizacji robót powstała na skutek nie wystarczającego zaangażowania odpowiednich sił i środków ze strony Wykonawcy. Rozpoczęte przez Wykonawcę ze znacznym opóźnieniem roboty były przez niego wielokrotnie przerywane.

Wykonawca nie wykonywał zaleceń zamawiającego, wykonywał prace niezgodnie z specyfikacją techniczną. Zamawiający wielokrotnie wzywał Wykonawcę do usunięcia nieprawidłowości stwierdzanych podczas wykonywania robót, do zamawiającego wpływały skargi mieszkańców dotyczące realizacji zadania przez Wykonawcę wobec czego

Zamawiający wzywał po raz kolejny Wykonawcę do prawidłowego wykonywania prac.

W październiku 2017r. a więc już po upływie terminu wykonania pracy Wykonawca przez okres trzech tygodni nie wykonywał żadnych prac i pomimo wezwań ze strony Zamawiającego nie przystąpił do ich wykonywania.

W dniu 29.11.2017r. Wykonawca zgłosił zakończenie prac, fakt ten nie został potwierdzony przez Inspektora Nadzoru który podczas wizji lokalnej ustalił, które prace nie zostały wykonane wobec czego Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do zakończenia realizacji zadania

W styczniu 2018r. Zamawiający zlecił badanie gęstości objętościowej, wskaźnika zagęszczeń i zawartości wolnych przestrzeni na próbkach mma wyciętych z nawierzchni. Badania wykazały, że próbki nie spełniają warunków ST dotyczących wskaźnika zagęszczenia oraz zawartości wolnych przestrzeni dla wykonanej warstwy ścieralnej. Wobec stwierdzonych nieprawidłowości Zamawiający na wniosek Wykonawcy wyraził zgodę na wydłużenia gwarancji o 12 miesięcy.

Z uwagi na fakt, że do maja 2018r. prace nadal nie zostały zakończone zaś nienależyte wykonywanie zadania, pomimo wielokrotnych wezwań Zamawiającego, nadal miało charakter uporczywy, Zamawiający wyznaczył Wykonawcy nieprzekraczalny termin zakończenia robót objętych umową na dzień 30 maja 2018r.

Z uwagi na uporczywe nie wykonywanie prac przez Wykonawcę Zamawiający pismem z dnia 04.06.2018r. poinformował Wykonawcę o odstąpieniu od nie zrealizowanej części umowy z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca.

Do dnia odstąpienia od umowy Wykonawca nie wykonał ścieku ulicznego na wysokości posesji nr 18 i 20 przy ul. Słowackiego oraz nie wymienił i nie uruchomił znaku aktywnego mającego wpływ na bezpieczeństwo użytkowników ruchu drogowego.

Wykonawca z tytułu nie wykonania i nienależytego wykonania umowy zapłacił karę umowną w wysokości 257 202,12 zł (słownie: dwieście pięćdziesiąt siedem tysięcy dwieście dwa złote i dwanaście groszy).

Przyczyną odstąpienia od niezrealizowanej części umowy nr 499/W/RZ/2016 było nie wykonanie przez Wykonawcę całości robót objętych umową.

Umowa została podpisana w dniu 22.08.2016r., termin jej wykonania strony określiły na 21.10.2016r. Wykonawca został wprowadzony na budowę w dniu 25.08.2016r.

W dniu 12.10.2016r. stan zaawansowania robót, pomimo wielokrotnych wezwań ze strony zamawiającego wynosił 0%.

W dniu 25.10.2016r. a więc już po upływie terminu wykonania umowy stan zaawansowania robót nadal wynosił 0%.

Ostatecznie Wykonawca przystąpił do wykonywania prac w grudniu 2016r. i na dzień 27.12.2016r. stan zaawansowania robót wynosił zaledwie ok. 40%. Z powyższego wynika,

że Wykonawca rozpoczął wykonywanie prac ze znaczną zwłoką. Pomimo zwłoki Wykonawca nie angażował odpowiednich sił i środków w realizację robot budowlanych objętych umową.

Do czerwca 2017r. Wykonawca realizował zadanie, od czerwca 2017r. zaprzestał wykonywania prac. Do września 2017r. nadal, pomimo wielokrotnych wezwań ze strony Zamawiającego, nie wykonywał całości robót wynikających z zapisów zawartej umowy. Wobec powyższego Zamawiający w dniu 18.09.2017r. wyznaczył Wykonawcy ostateczny termin na wykonanie prac do dnia 05.10.2017r. wskazując, że nie wykonanie robót skutkować będzie odstąpieniem od umowy w części nie wykonanej. Z uwagi na nie wykonanie prac przez Wykonawcę Zamawiający pismem z dnia 09.10.2017r. poinformował Wykonawcę o odstąpieniu od umowy w części nie wykonanej z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca.

Do dnia odstąpienia od umowy Wykonawca nie wykonał wlotu ul 3-go Maja oraz ulicy Piwnej i nie wykonał całego zakresu remontu ścieku przykrawężnikowego.

Wykonawca z tytułu nie wykonania i nienależytego wykonania umowy zapłacił karę umowną w wysokości 182 952,66 zł (słownie: sto osiemdziesiąt dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt dwa złote i sześćdziesiąt sześć groszy).

Nienależyte wykonywanie umów, w tym nie wykonanie ich części oraz znaczne przekroczenia terminów realizacji w/w zadań miało charakter istotny.”

W przekazanej przez zamawiającego dokumentacji postępowania znajdują się m.in. pisma, w których zamawiający informował odwołującego o odstąpieniu od umów, o których mowa w zawiadomieniu o wykluczeniu:

- 1) pismo z dnia 09.10.2017 r. dotyczące umowy nr 499/W/RZ/2016 na remont nawierzchni drogi nr 645, w którym wskazano m.in.:

„Przyczyną odstąpienia Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie od umowy jest niewykonanie przez Wykonawcę robót objętych w/w umową. Wykonawca, mimo wielokrotnych wezwań, w tym m.in. ostatecznego wezwania pismem znak: U-1.470.502.17 z dnia 18.09.2017r., w którym wyznaczono dodatkowy termin do wykonania umowy, nie zakończył realizacji prac objętych przedmiotową umową. Z uwagi na wskazaną wyżej okoliczność tj.: niedotrzymanie przez Państwa terminu wykonania umowy, odstąpienie od umowy następuje z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca”.

- 2) pismo z dnia 04.16.2018 r. dotyczące umowy nr 235/MZDW/05/2017/RZ na remont drogi nr 627, w którym wskazano m.in.:

„Przyczyną odstąpienia Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie od umowy jest niewykonanie w całości przez Wykonawcę robót objętych w/w umową.

Wykonawca, mimo wielokrotnych wezwań, w tym m.in. ostatecznego wezwania pismem znak: U-1.470.281.18 z dnia 17.05.2018r., w którym wyznaczono dodatkowy termin do wykonania umowy, nie zakończył realizacji prac objętych przedmiotową umową. Z uwagi na wskazaną wyżej okoliczność tj.: niedotrzymanie przez Państwa terminu wykonania umowy, odstąpienie od umowy następuje z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca”.

W dokumentacji postępowania znajduje się też korespondencja pomiędzy zamawiającym a odwołującym prowadzona w trakcie realizacji ww. dwóch inwestycji i dotycząca głównie opóźnień w prowadzeniu robót, a także „protokoły odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji obiektu”, których treść co do zakresu niewykonanych robót i ich wartości jest zgodna z informacjami podanymi w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z 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. Przepis przewiduje zatem możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli zajdą m.in. następujące przesłanki:

- wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał wcześniejszą umowę,
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy miało charakter istotny,
- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- doszło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie, aby dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania. Dodatkowo, określona w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp podstawa wykluczenia musi być przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu, siwz lub w zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 ustawy Pzp), zaś wykluczenie może nastąpić, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego jego podstawą (art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp).

W art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Ustawodawca unijny wskazał, 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 wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Również w przypadku art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, wykluczenie wykonawcy może nastąpić jedynie w sytuacji zaistnienia wszystkich przesłanek łącznie.

Należy także zwrócić uwagę, że w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej Ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia. W preambule wskazano, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

Z przytoczonych powyżej przepisów wynika, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania

umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że 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. Jako przykład nienależytego wykonywania umowy Ustawodawca unijny podaje znaczące wady dostarczonego produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, niemniej jednak zamawiający w zakresie każdej konkretnej umowy zobowiązany jest każdorazowo sprecyzować, co zostało niewykonane lub nienależycie wykonane i jakie okoliczności przesądzają o tym, że to niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało charakter znaczący lub uporczywy, a zatem było istotne dla realizacji umowy. Ponadto niezależnie od wykazania istotności zachowania wykonawcy, zamawiający musi jeszcze wykazać, że wskazane 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. Rolą zamawiającego jest zatem 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).

Rozpoznając niniejsze odwołanie, w pierwszej kolejności należy odnieść się do argumentu odwołującego, zgodnie z którym przesłanki wynikające z art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp należy oceniać jedynie w stosunku do świadczenia niewykonanego przez wykonawcę. Innymi słowy, zdaniem odwołującego, w przedmiotowej sprawie należy oceniać m.in. istotność oraz to, czy przyczyny leżały po stronie wykonawcy, jedynie w stosunku do robót, od których odstąpiono, czyli robót niewykonanych. Dlatego odwołujący skupia się w swojej argumentacji na zakresie rzeczowym i wartości wyłącznie robót niewykonanych, czyli robót w zakresie których zamawiający odstąpił od ww. dwóch umów. Odwołujący pomija natomiast kwestię nienależytego wykonania tych robót, które przed odstąpieniem od obu ww. umów, zostały wykonane.

Z argumentacją odwołującego nie sposób się zgodzić. Normą art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp Ustawodawca wyraźnie objął zarówno niewykonanie umowy w stopniu istotnym,

jak i nienależyte jej wykonanie w stopniu istotnym. Przy czym „nienależyte wykonanie” w sposób oczywisty musi odnosić się do świadczenia wykonanego, tyle że wykonanego nienależycie. Tym samym w przedmiotowej sprawie należy oceniać przesłanki wynikające z ww. przepisu zarówno w odniesieniu do robót niewykonanych w ogóle (tych, od których zamawiający ostatecznie odstąpił), jak i robót, które przed odstąpieniem zostały wykonane, ale zbadania wymaga, czy ich wykonanie było należyte. Dlatego też Izba poddała ocenie oba te zakresy robót.

W związku z powyższym Izba uznała, że roboty, od których zamawiający odstąpił (roboty niewykonane), rzeczywiście pod względem rzeczowym i wartościowym nie były istotne dla realizacji obu ww. umów. W tym zakresie Izba zgadza się z argumentacją zawartą w odwołaniu.

Do odmiennych wniosków Izba doszła jednakże w zakresie robót wykonanych przez odwołującego w ramach ww. dwóch umów. Przede wszystkim należy podkreślić, że w ocenie Izby, w pojęciu „należyte wykonanie” mieści się m.in. terminowe wykonanie zamówienia. Termin wykonania zamówienia stanowi bowiem jedną z podstawowych cech stosunku zobowiązaniowego, jaki łączy zamawiającego i wykonawcę i jego niedotrzymanie powoduje, że zamawiający nie osiąga zamierzonego celu w postaci realizacji inwestycji w zakładanym czasie, co może także powodować po jego stronie negatywne konsekwencje organizacyjne, finansowe, czy wizerunkowe. Przy czym w świetle art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp nie musi dojść do takich negatywnych konsekwencji, aby ziściła się przesłanka nienależytego wykonania, wystarczy że przedmiot zamówienia nie został wykonany terminowo.

Przepis wymaga jednocześnie, aby nienależyte wykonanie miało charakter istotny. Oznacza to, że nie każde przekroczenie terminu realizacji będzie dawać podstawę do wykluczenia wykonawcy, a jedynie takie, które było znaczne w stosunku do terminu umownego lub w stosunku do potrzeb zamawiającego w konkretnej sprawie.

W przedmiotowej sprawie:

- umowa nr 499/W/RZ/2016 została zawarta w dniu 22.08.2016 r. i miała być zrealizowana do 21.10.2016 r. (2 miesiące), tymczasem zamawiający odstąpił od niej w dniu 09.10.2017 r. (ok. rok po upływie terminu realizacji) i do tego czasu wciąż część robót nie była wykonana,
- umowa nr 235/MZDW/05/2017/RZ została zawarta w dniu 16.05.2017 r. i miała być zrealizowana do 15.09.2017 r. (4 miesiące), tymczasem zamawiający odstąpił od niej w dniu w dniu 04.06.2018 r. (ok. 8,5 miesiąca po upływie terminu realizacji) i do tego czasu wciąż część robót nie była wykonana.

Przekroczenie terminu w zakresie robót wykonanych wyniosło więc w pierwszym przypadku prawie 600% czasu przewidzianego na realizację (licząc do dnia odstąpienia), a w drugim przypadku – ponad 200% czasu przewidzianego na realizację (licząc do dnia odstąpienia). Sam zresztą odwołujący w odwołaniu przyznał, że „od formalnej daty zakończenia wykonania robót wynikającej z umowy a datą faktycznie wykonywanych prac istniała znaczna różnica”. Biorąc zatem pod uwagę aż kilkukrotne przekroczenie terminu wykonania zamówieniu w przypadku obu ww. umów, należy stwierdzić, że przekroczenie to stanowiło nienależyte wykonanie obu zamówień w stopniu istotnym.

Należy przy tym dodać, że zamawiający w piśmie informującym o wykluczeniu odwołującego, wskazywał na przekroczenie terminów realizacji obu zamówień zarówno w uzasadnieniu poprzez powoływanie się na konkretne daty, jak i w ostatnim zdaniu, w którym napisał, że „znaczne przekroczenia terminów realizacji w/w zadań miało charakter istotny”. Jak wskazano już wyżej, Izba podziela w tym zakresie stanowisko zamawiającego.

Analizy wymaga także podnoszona przez odwołującego przesłanka „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Odwołujący, w stosunku do umowy nr 499/W/RZ/2016, podniósł w piśmie z dnia 10.07.2017 r. skierowanym do zamawiającego, jak też na rozprawie, że przyczyną przekroczenia terminu realizacji było:

- wykonywanie na terenie budowy remontu chodnika z wymianą krawężnika w ramach innego zadania realizowanego przez innego inwestora, co wstrzymało roboty bitumiczne na końcowym odcinku drogi,
- późne zatwierdzenie (w dniu 14.04.2017 r.) przez zamawiającego projektu stałej organizacji ruchu,
- zamknięcie tydzień po zawarciu umowy mostu na rzece Narew dla samochodów ciężarowych, co uniemożliwiło transport materiałów na budowę (w trakcie rozprawy strony potwierdziły, że ta okoliczność zachodziła także w stosunku do realizacji umowy nr 235/MZDW/05/2017/RZ).

Odnosząc się do kwestii remontu chodnika, należy zauważyć, że jest to niewielka robota, która nie mogła spowodować przekroczenia terminu realizacji zamówienia aż o 600%, zwłaszcza, że jak sam odwołujący wskazuje w ww. piśmie – jej skutkiem było wstrzymanie robót bitumicznych jedynie na końcowym odcinku drogi. Tym bardziej nie można przyjąć, że ww. remont chodnika mógł być uzasadnioną przyczyną tego, że w dniu upływu umownego terminu realizacji zamówienia (21.10.2016 r.), odwołujący nawet nie rozpoczął wykonywania robót, co wynika m.in. z notatki zamawiającego z dnia 25.10.2016 r. Ponadto pismem z dnia 19.10.2016 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu realizacji robót do 30.11.2016 r. ze względu właśnie na remont chodnika. Abstrahując od odmowy zamawiającego, należy zauważyć, że z powyższego

pisma wynika, że remont chodnika mógł opóźnić realizację zamówienia jedynie o 40 dni (licząc od pierwotnego terminu 21.10.2016 r. do postulowanego przez odwołującego 30.11.2016 r.). Tymczasem nawet w dniu 30.11.2016 r. odwołujący nadal nie rozpoczął wykonywania robót, gdyż jak wynika z pisma Rejonu Drogowego Ostrołęka do zamawiającego z dnia 03.01.2017r., dopiero w dniu 09.12.2016 r. (49 dni po terminie umownym) odwołujący „przystąpił po raz pierwszy do prowadzenia robót”. Z uwagi na powyższe okoliczności, nie można przyjąć, że remont chodnika uzasadniał tak znaczne przekroczenie terminu realizacji zamówienia i że w związku z tym może on dowodzić, że przekroczenie to nastąpiło z przyczyn nie leżących po stronie odwołującego.

Odnosząc się do kwestii stałej organizacji ruchu, należy zauważyć, że z przedstawionego przez odwołującego na rozprawie pisma z dnia 10.07.2017 r. wynika, że odwołujący złożył projekt stałej organizacji ruchu w październiku 2016 r., ale wymagał on wielokrotnych poprawek i ostatecznie został zatwierdzony przez zamawiającego dopiero w dniu 14.04.2017 r. Z kolei w piśmie Rejonu Drogowego Ostrołęka skierowanego do odwołującego z dnia 08.03.2017 r. wskazano, że „do chwili obecnej Wykonawca nie wykonał: (...) – projektu SOR i robót związanych z inżynierią ruchu drogowego”. Nawet gdyby przyjąć, że projekt został złożony już w październiku 2016 r., to fakt, że wymagał on wielu poprawek, prowadzi do wniosku, że jego późne zatwierdzenie przez zamawiającego wynikało z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a nie po stronie zamawiającego. Nie chodzi bowiem o to, by złożyć zamawiającemu cokolwiek, ale by złożyć projekt, który nadaje się do zatwierdzenia. Skoro wielokrotne poprawki spowodowały zatwierdzenie projektu dopiero w kwietniu 2017 r., to należy uznać, że przyczyna tego stanu rzeczy leżała po stronie odwołującego.

Odnosząc się do kwestii zamknięcia mostu w trakcie realizacji umowy nr 499/W/RZ/2016, należy zauważyć, że o ile samo zamknięcie w tym przypadku mogło być dla odwołującego niespodziewane, to jednak nie wyłączało możliwości korzystania z objazdów. Dojazd do placu budowy objazdami niewątpliwie by się wydłużył, ale był możliwy. Tym samym zamknięcie ww. mostu mogło stanowić utrudnienie w prowadzeniu robót i opóźniać ich wykonanie, ale nie do tego stopnia, żeby w dniu upływu terminu realizacji zamówienia roboty nie były w ogóle rozpoczęte, a ostatecznie okres ich trwania (do dnia odstąpienia) był prawie 6 razy dłuższy niż przewidziany w umowie. Z kolei w przypadku umowy nr 235/MZDW/05/2017/RZ nie sposób nie zauważyć, że już w dniu składania oferty (19.04.2017 r.) most był od ok. 8 miesięcy zamknięty, o czym odwołujący wiedział chociażby z doświadczeń przy realizacji umowy nr 499/W/RZ/2016. Tym bardziej zatem powinien albo zakwestionować termin realizacji zamówienia ze względu na utrudnienia spowodowane zamknięciem mostu i ew. nie złożyć oferty albo – skoro zdecydował się złożyć ofertę i następnie przystąpił do podpisania umowy nr 235/MZDW/05/2017/RZ - powinien uwzględnić

konieczność wykonywania transportu z pominięciem zamkniętego mostu. Z powyższego wynika, że zamknięcie mostu nie może być uznane za przyczynę tak znacznego przekroczenia terminu realizacji obu ww. umów i nie może zdejmować z odwołującego odpowiedzialności za brak wykonywania robót w przewidzianym do tego czasie. Szczególnie w przypadku umowy nr 499/W/RZ/2016 zamknięcie mostu nie stanowi uzasadnienia dla nierozpoczęcia w ogóle robót aż do grudnia 2016 r. W świetle ww. okoliczności Izba stwierdziła, że niedotrzymanie terminu realizacji obu inwestycji nastąpiło z przyczyn leżących po stronie odwołującego.

Reasumując, podane przez odwołującego ww. okoliczności, w ocenie Izby, nie uzasadniają tak znacznego przekroczenia terminu realizacji obu ww. umów, jaki miał miejsce w przedmiotowej sprawie. Dlatego też stwierdzić należy, że została spełniona przesłanka „przyczyn leżących po stronie wykonawcy”, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, należy zauważyć, że w myśl art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, podstawą wykluczenia jest m.in. uporczywe zachowanie wykonawcy, zaś w motywie 101 preambuły wskazano, że również powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą uzasadniać jego wykluczenie. Abstrahując od tego, że w przedmiotowej sprawie przekroczenia terminu realizacji obu ww. umów nie można uznać za „drobne”, co wykazano powyżej, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na uporczywość i powtarzalność zachowania odwołującego.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w przypadku umowy nr 499/W/RZ/2016 zawartej w dniu 22.08.2016 r. z terminem realizacji do 21.10.2016 r.:

- w piśmie z dnia 12.10.2016 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje zamawiającego, że „obecny stan zaawansowania robót wynosi 0%” (pismo do wiadomości odwołującego),
- w piśmie z dnia 18.10.2016 r. zamawiający wzywa odwołującego „do niezwłocznego zwiększenia sił i środków” z uwagi na „realne zagrożenie niedotrzymania terminu mownego”,
- w notatce zamawiającego z dnia 25.10.2016 r. napisano, że „do dnia dzisiejszego roboty nie zostały rozpoczęte”,
- w piśmie z dnia 27.10.2016 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje zamawiającego, że „zaawansowanie robót na w/w zadaniu wynosi 0%”,
- w piśmie z dnia 03.01.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje zamawiającego, m.in. że w dniu 09.12.2016 r. wykonawca przystąpił po raz pierwszy do prowadzenia robót, że w dniu 27.12.2016 r. zaawansowanie robót wynosiło ok. 40% oraz że w dniu 30.12.2016 r. nadal do wykonania pozostały określone roboty,
- w piśmie z dnia 10.01.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka wzywa odwołującego do ustawienia niezbędnych znaków i zawiadomienia o tym właściwych organów,

- w piśmie z dnia 08.03.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka wzywa odwołującego do przedłożenia harmonogramu zakończenia robót i wymienia roboty dotychczas niewykonane,
- w piśmie z dnia 08.05.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka wzywa odwołującego do określenia ostatecznego terminu zakończenia robót i wymienia roboty dotychczas niewykonane (w tym brak wprowadzenia stałej organizacji ruchu),
- w piśmie z dnia 19.06.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka wzywa odwołującego do niezwłocznego zakończenia robót i wymienia roboty dotychczas niewykonane,
- w piśmie z dnia 03.07.2017 r. zamawiający wzywa odwołującego do zakończenia robót w nieprzekraczalnym terminie do 14.07.2017 r. pod rygorem odstąpienia od umowy,
- pismem z dnia 02.08.2017 r. zamawiający odpowiada na pismo odwołującego z dnia 10.07.2017 r. i wskazuje, że w dalszym ciągu oczekuje na zakończenie robót,
- w piśmie z dnia 18.09.2017 r. zamawiający wzywa odwołującego do zakończenia robót w nieprzekraczalnym terminie do 05.10.2017 r. pod rygorem odstąpienia od umowy,
- pismem z dnia 09.10.2017 r. zamawiający informuje odwołującego o odstąpieniu od umowy.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w przypadku umowy nr 235/MZDW/05/2017/RZ zawartej w dniu 16.05.2017 r. z terminem realizacji do 15.09.2017 r.:

- w piśmie z dnia 11.07.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka wzywa odwołującego do „rozpoczęcia realizacji w/w zadania”, gdyż „do dnia dzisiejszego nie rozpoczęto robót na w/w zadaniu”,
- w piśmie z dnia 04.09.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka wzywa odwołującego do „znacznie większego zaangażowania się w realizację ww. zadania”, gdyż „zaawansowanie finansowe robót wynosi około 30%”,
- w piśmie z dnia 08.09.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka wzywa odwołującego „w trybie pilnym do prawidłowego oznakowania wykonywanych robót”,
- w piśmie z dnia 11.09.2016 r. zamawiający wzywa odwołującego „do niezwłocznego zwiększenia zaangażowania sił i środków umożliwiających terminowe zakończenie robót”,
- w piśmie z dnia 18.09.2017 r. zamawiający wzywa odwołującego do zakończenia robót w nieprzekraczalnym terminie do 12.10.2017 r. pod rygorem odstąpienia od umowy,
- pismem z dnia 29.09.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje odwołującego o uszkodzeniu ścieku,
- w piśmie z dnia 03.10.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka wzywa odwołującego do usunięcia nieprawidłowości w zakresie wykonania ścieków,
- w notatce zamawiającego z dnia 05.10.2017 r. wymienione są nieprawidłowości w zakresie wykonania ścieków,
- w piśmie z dnia 23.10.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje zamawiającego, że

„mimo pisemnych i telefonicznych wezwań Inwestora, Wykonawca nie kontynuuje robót. W dniu 23.10.2017 r. ponownie wezwano wykonawcę do pilnego kontynuowania robót na zadaniu”,

- w piśmie z dnia 27.10.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje zamawiającego, że „Firma nie wykonuje żadnych robót budowlanych na zadaniu od prawie trzech tygodni” i że „brak jest jakiegokolwiek reakcji w celu dalszej kontynuacji robót”,
- w piśmie z dnia 11.12.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje odwołującego o 41 usterkach w zakresie oznakowania pionowego i poziomego,
- w piśmie z dnia 15.12.2017 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje zamawiającego, że ze względu na stwierdzone usterki „wg stanu obecnego nie ma możliwości dokonania odbioru robót” (pismo do wiadomości odwołującego),
- w piśmie z dnia 30.01.2018 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje zamawiającego o nieprawidłowościach stwierdzonych na budowie (pismo do wiadomości odwołującego),
- w piśmie z dnia 12.02.2018 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje odwołującego o stwierdzonych usterkach i wzywa do ich pilnego usunięcia,
- w piśmie z dnia 20.02.2018 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje zamawiającego, że odwołujący nie zakończył realizacji zadania (pismo do wiadomości odwołującego),
- w piśmie z dnia 16.03.2018 r. Rejon Drogowy Ostrołęka informuje zamawiającego, że odwołujący nie zakończył realizacji zadania,
- w piśmie z dnia 21.03.2018 r. Rejon Drogowy Ostrołęka wzywa odwołującego do natychmiastowego usunięcia nieprawidłowości,
- w piśmie z dnia 25.04.2018 r. Rejon Drogowy Ostrołęka wzywa odwołującego do „przedłożenia pisemnej informacji o dalszych zamierzeniach i planowanych działaniach Firmy w celu ostatecznego rozliczenia ww. zadania. Na dzień dzisiejszy brak jest jakiegokolwiek zaangażowania ze strony Wykonawcy w dokończenie ww. zadania. Pozostało do wykonania (...)”,
- w piśmie z dnia 10.05.2018 r. Rejon Drogowy Ostrołęka wzywa odwołującego do „pilnego podjęcia niezbędnych działań” w celu usunięcia nieprawidłowości na wjazdach do dwóch posesji,
- w piśmie z dnia 17.05.2018 r. zamawiający wzywa odwołującego do zakończenia robót w nieprzekraczalnym terminie do 30.05.2018 r. pod rygorem odstąpienia od umowy,
- w piśmie z dnia 29.05.2018 r. odwołujący informuje zamawiającego, że „nie możemy kontynuować prac przy realizacji ww. zadania” ze względu na nieudane próby uruchomienia znaków aktywnych,
- pismem z dnia 04.06.2018 r. zamawiający informuje odwołującego o odstąpieniu od umowy.

Wyżej przedstawiony stan faktyczny, w ocenie Izby, jednoznacznie pokazuje, że mimo szeregu kierowanych do odwołującego przez wiele miesięcy pism wskazujących na roboty niewykonane lub nienależycie wykonane i wzywających do usunięcia usterek i zakończenia realizacji robót, odwołujący albo nie rozpoczął robót w ogóle albo rozpoczętych przez dany okres nie kontynuował albo nie usuwał usterek. Zachowanie odwołującego, biorąc pod uwagę ilość wysłanych do niego pism i czas, w jakim były one wysyłane, należy uznać za uporczywe i powtarzalne. Dodatkowo należy zauważyć, że zawierając umowę nr 235/MZDW/05/2017/RZ odwołujący był już w zwłoce w realizacji umowy nr 499/W/RZ/2016, tym bardziej zatem jego zachowanie polegające na opóźnianiu rozpoczynania robót i ich wykonywania miało charakter powtarzalny.

Powyższe prowadzi do wniosku, że niezależnie od ziszczenia się przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, w niniejszej sprawie mają również miejsce okoliczności, które są podstawą wykluczenia w rozumieniu przepisów unijnych.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający wykluczając odwołującego z postępowania nie dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 i art. 91 ust 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący