

**WYROK**  
**z 9 kwietnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie 6 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 marca 2021 r. przez Pracownię Konserwacji Zabytków nad Łódką sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Lokali Miejskich z siedzibą w Łodzi,

**orzeka:**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
  - 1.2 unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego - Pracownię Konserwacji Zabytków nad Łódką sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi z postępowania,
  - 1.3 dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego - Pracownię Konserwacji Zabytków nad Łódką sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.
2. Kosztami postępowania obciąży Zamawiającego - Zarząd Lokali Miejskich z siedzibą w Łodzi i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego -

Pracownie Konserwacji Zabytków nad Łódką sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2 zasądza od Zamawiającego - Zarząd Lokali Miejskich z siedzibą w Łodzi na rzecz Odwołującego - Pracowni Konserwacji Zabytków nad Łódką sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

## Uzasadnienie

Zarząd Lokali Miejskich z siedzibą w Łodzi (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Wykonanie remontu dachów w budynkach mieszkalnych nieruchomości administrowanych przez ZLM w Łodzi, w podziale na 2 części”, numer: DZP.26.1.339.2020, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 3 listopada 2020 r. pod numerem 605858-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

2 marca 2021 r. wykonawca Pracownie Konserwacji Zabytków nad Łódką Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp przez jego zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo, że do niewykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego nr 36/P/2020 z 1 września 2020 r. zawartej z tym samym Zamawiającym i do odstąpienia od niej doszło z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego,
2. art. 24 ust. 5 pkt 2 w zw. z art. 27 ust. 7 pkt 3 Pzp przez jego zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo, że po stronie Odwołującego nie doszło naruszenia obowiązków zawodowych ani do rażącego niedbalstwa ani umyślnego działania, a do niewykonania innego zamówienia nie doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a Zamawiający nie wykazał, by doszło do ziszczenia się ww. przesłanki wykluczenia,
3. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp przez jego zastosowanie i unieważnienie na jego podstawie postępowania, mimo, że nie zaistniała przesłanka unieważnienia wskazana przez Zamawiającego, gdyż kwota podana w ofercie Odwołującego była niższa od kwoty przeznaczonej na realizację zadania przez Zamawiającego,
4. art. 92 ust. 1 Pzp przez lakoniczne uzasadnienie przyczyn wykluczenia Odwołującego i brak wskazania konkretnych naruszeń Odwołującego przy realizacji innej umowy

i wykazania, że do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, co utrudniało Odwołującemu możliwość obrony jego praw, a także brak wskazania, które obowiązki zawodowe zostały rzekomo naruszone przez Odwołującego w zakresie podważającym jego uczciwość.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego oraz o przeprowadzenie dowodu z:

1. załączonych do odwołania dokumentów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania dotyczące przyczyn opóźnienia, a więc braku istnienia przesłanki dla wykluczenia Odwołującego,
2. zeznań kierownika budowy, pana W.H., na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania dotyczące przyczyn opóźnienia, a więc braku istnienia przesłanki dla wykluczenia Odwołującego,
3. zeznań Odwołującego na okoliczność liczby wykonanych przez Odwołującego prac na rzecz Zamawiającego, przyczyn powstania opóźnienia w realizacji zamówienia, które stało się podstawą dla Zamawiającego dla wykluczenia Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

3 grudnia 2020 r. Zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, uprzednio wykluczając z niego Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, na skutek czego prowadzone było postępowanie sygn. akt KIO 3250/20. Postępowanie to zostało umorzone, gdyż Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu. Na skutek uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu, Zamawiający podjął dalsze czynności w postępowaniu.

22 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 5. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący potwierdził, że nie zachodzi wskazana przez Zamawiającego przesłanka i w związku z tym nie korzysta z procedury samooczyszczania.

Następnie Zamawiający 27 stycznia 2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz pkt 4 Pzp. W odpowiedzi Odwołujący w piśmie z 28 stycznia 2021 r. wskazał, że nie zachodzą przesłanki do wykluczenia podane przez Zamawiającego i jednocześnie odnosząc się do niezrealizowanej przez niego umowy z Zamawiającym nr 36P/2020 na wykonanie robót budowlanych na terenie nieruchomości położonej przy ul. Próchnika 21 w Łodzi wyjaśnił obszernie Zamawiającemu przyczyny niewykonania umowy i podkreślił, że do niewykonania umowy doszło z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego.

Mimo to Zamawiający 26 lutego 2021 r. poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz 4 w związku z art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp oraz pkt. 8.2.2. SIWZ. Ponadto Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w częściach nr 1 i nr 2, a Zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Odwołującego jego wykluczenie z postępowania miało pozorny charakter i służyć miało umożliwieniu Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

O pozorności podstaw do wykluczenia Odwołującego świadczyło to, że Zamawiający po odstąpieniu od umowy nr 36/P/2020 ogłosił przetarg na wykonanie szerszego zakresu prac w budynku położonym przy ul. Próchnika 21 w Łodzi - postępowanie nr DZP.26.1.12.2021 z 17 lutego 2021 r. Zamawiający dokonał zwiększenia zakresu prac o istotne elementy robót takie jak wykonanie izolacji fundamentów wraz robotami ziemnymi, wykonanie okienek strychowych, zabezpieczenie – malowanie konstrukcji stalowej w piwnicy, ustawienie wciągarki do transportu materiałów do wzmocnienia strychu.

Do oferty Odwołujący załączył wymagany przez Zamawiającego Załącznik nr 3 dotyczący przesłanek wykluczenia z postępowania, który był wypełnionym formularzem zawartym w SIWZ. W formularzu tym Odwołujący oświadczył: „nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp”. Wobec takiej odpowiedzi Odwołujący nie potwierdził oświadczenia znajdującego się poniżej o treści: „Oświadczam, że zachodzą wobec mnie podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie ..... ustawy Pzp. Jednocześnie oświadczam, że w związku z ww. okolicznością na podstawie art. 24 ust. 8 ustawy podjąłem następujące środki naprawcze.....”, gdyż oświadczenie to według jego najlepszego przekonania nie miało zastosowania.

Odwołujący potwierdził, że zawarł z Zamawiającym 1 września 2020 r. umowę nr 36/P/2020 oraz fakt, że Zamawiający oświadczeniem z 30 października 2020 r. doręczonym Odwołującemu w 4 listopada 2020 r. od niej odstąpił. Jednak do odstąpienia od umowy nie

doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Oznaczało to, że nie została spełniona przesłanka zawarta w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i oświadczenie Odwołującego o braku podstaw do wykluczenia na podstawie tego przepisu było prawdziwe i prawidłowe, a Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego.

Zamawiający jako drugą podstawę wykluczenia podał art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, mimo że nie wykazał, by po stronie Odwołującego doszło do naruszenia obowiązków zawodowych, nie wskazał też charakteru naruszonych obowiązków, ani tym bardziej do umyślnego działania czy rażącego niedbalstwa przy realizacji umowy nr 36/P/2020.

Ostatecznie na skutek wadliwego wykluczenia Odwołującego Zamawiający za ofertę najkorzystniejszą uznał ofertę złożoną przez P.I.B. HESBUD, ale dokonał unieważnienia postępowania powołując się na fakt, że cena zawarta w najkorzystniejszej ofercie przekraczała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Przyczyną odstąpienia od umowy nr 36/P/2020 było opóźnienie Odwołującego w jej realizacji. Jednak Zamawiający pominął, że opóźnienie to było zawinione lub spowodowane przyczynami leżącymi po stronie Zamawiającego lub innych jednostek miejskich, jak Łódzki Ośrodek Geodezji, Zarząd Dróg i Transportu oraz Biuro Inżyniera Miasta.

Zamawiający zgłosił gotowość do wydania placu budowy 14 września 2020 r. Protokół przekazania placu budowy był datowany na 16 września 2020 r., mimo że zgodnie z umową do przekazania placu budowy miało dojść dzień po zawarciu umowy (§ 3 pkt 1 ust. 1.1.), a więc 2 września 2020 r. Do tego z protokołu przekazania wynika jednoznacznie, że na dzień przekazania placu budowy na strychu znajdowały się rzeczy lokatorów. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem umowy był m. in. remont stropu poddasza, swobodny dostęp do strychu był niezbędny dla prawidłowego prowadzenia prac. Zamawiający nie kwestionował tego faktu i zobowiązał się do opróżnienia strychu i przekazania go Odwołującemu do 30 września 2020 r. Strych jednak nie został przekazany w tym terminie. 28 października 2020 r. Odwołujący poprosił administratora budynku o wyznaczenie terminu przekazania strychu, gdyż nadal nim nie dysponował, mimo że termin ukończenia prac upływał 31 października 2020 r. 3 listopada 2020 r. Odwołujący nadal nie dysponował dostępem do strychu i ponowił wnioski o jego przekazanie. 4 listopada 2020 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację, że procedowana jest procedura rozwiązania umowy, a strych nie będzie wydany. W tym zakresie za opóźnienie odpowiada Zamawiający.

Kolejnym powodem opóźnienia były niezależne od Odwołującego procedury administracyjne dotyczące zajęcia chodnika pod rusztowania. Były one niezbędne do prowadzenia znacznej części prac, gdyż znaczącą częścią przedmiotu umowy był remont elewacji budynku. Ze względu na brak przekazania dokumentacji projektowej Odwołujący nie dysponował również kopią mapy zasadniczej, która winna być składową tej dokumentacji niezbędną do przeprowadzenia procedury zajęcia chodnika. Przedstawiciel Odwołującego – kierownik budowy, podjął starania uzyskania od Zamawiającego kopii niezbędnej mapy, ale ostatecznie Zamawiający mu jej również nie przekazał (notatka służbowa kierownika budowy z 10 września 2020 r.). W związku z powyższym Odwołujący podjął samodzielnie, dodatkowe działania w celu uzyskania mapy w Łódzkim Ośrodku Geodezji (komórce organizacyjnej Zamawiającego), co dodatkowo wydłużyło procedury prowadzące do decyzji umożliwiającej zajęcie chodnika i rozpoczęcie prac. Ostatecznie Odwołujący pozyskał mapę 21 września 2020 r., po prawie tygodniu oczekiwania. Następnie projekt zmiany organizacji ruchu został opracowany i uzgodniony z Wydziałem Ruchu Drogowego Komendy Miejskiej Policji w Łodzi. Po tym został on 2 października 2020 r. przekazany do Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi i był uzgadniany z Biurem Inżyniera Miasta. 28 października 2020 r. działająca na zlecenie Odwołującego Projektantka, pani A.Z uzyskała informację, iż projekt zmiany organizacji ruchu jest nadal procedowany w Biurze Inżyniera Miasta. 3 listopada 2020 r. projekt nadal nie był wydany, więc Odwołujący ponaglił ZDiT w tej sprawie. Po powyższym ponagleniu okazało się, że wcześniej, 22 października 2020 r. Biuro Inżyniera Miasta wydało zatwierdzony projekt nieznanemu osobie, co wymagało ponownego przedłożenia egzemplarzy dokumentów przez Odwołującego. Ponadto z uwagi na epidemię utrudniony był osobisty kontakt ze ZDiT i odbiór dokumentacji. Ostatecznie 4 listopada 2020 r. projekt został ponownie ostemplowany i wydany.

Odwołujący pismem nr L.Dz. 115/2020 próbował wyjaśnić sprawę zaginięcia dokumentacji w Biurze Inżyniera Miasta, jednak pismo otrzymane w odpowiedzi nie zawierało informacji wyjaśniających tę sytuację. W tym zakresie przyczyny opóźnienia nie leżały po stronie Odwołującego, a po innych niż Zamawiający, miejskich jednostkach organizacyjnych.

Zamawiający nie przekazał Odwołującemu dokumentacji projektowej. Jeszcze 5 października 2020 r. Odwołujący zwracał się do Zamawiającego o jej przesłanie. W tym zakresie za opóźnienie odpowiada Zamawiający. Wobec nieprzekazania pełnego frontu robót, przeciągających się procedurach administracyjnych Odwołujący 19 października 2020 r. złożył wniosek o przedłużenie terminu wykonania umowy wraz z protokołem konieczności. Ponowny wniosek o przedłużenie terminu został złożony 21 października 2020 r. Wniosek ten został nadany również przesyłką poleconą. Zamawiający w odpowiedzi poprosił o wyjaśnienia i uprawdopodobnienie okoliczności uzasadniających przedłużenie

terminu. Jednocześnie Zamawiający nie podejmował działań mających na celu udostępnienie strychu. 28 października 2020 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu pismo w którym szczegółowo opisał przyczyny zaistniałego opóźnienia, wskazując że były to okoliczności od niego niezależne. Wobec tego oświadczenie o odstąpieniu przez Zamawiającego było zupełnie nieuzasadnione, a jego przyczyny nie leżały po stronie Odwołującego. Zamawiający jednak uznał, że Odwołujący nie uprawdopodobnił okoliczności uzasadniających opóźnienie.

6 kwietnia 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniosk o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał m.in.:

Zamawiający na podstawie postanowienia KIO 3259/20 z 4 stycznia 2021 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego oraz wykonał zaniechane czynności - dokonał powtórzenia czynności oceny i badania ofert oraz porównania złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu.

Pismem z 27 stycznia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie informacji dotyczącej braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący oświadczył, że nie naruszył obowiązków zawodowych w sposób zawiniony, a przyczyny niewykonania umowy nr 36/P/2020 nie leżały po jego stronie i nie wynikały z jego nierzetelności. Odwołujący zanegował, jakoby doszło do rozwiązania umowy z jego winy.

Zakres robót budowlanych objętych przedmiotową umową był ściśle określony i polegał na usunięciu stwierdzonych nieprawidłowości dotyczących stanu technicznego budynku mieszkalnego, wielorodzinnego zgodnie z decyzją PINB Nr 1208/2016 z 23 grudnia 2016 r.

Odwołujący, wbrew postanowieniom umowy nie objął w terminie placu budowy. Nie podjął żadnych czynności w tym zakresie. Potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest korespondencja elektroniczna z Odwołującym z 14 września 2020 r., w której pracownik techniczny Zamawiającego, pełniący funkcję osoby sprawującej nadzór nad wykonaniem umowy od strony technicznej, wnosił do wskazanego o dokonanie objęcia placu budowy.

Braku realizacji postanowień umownych we właściwym czasie przez Odwołującego dowodziła także treść następnej wiadomości elektronicznej z 30 września 2020 r., przesłanej przez inspektora nadzoru z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w przedmiocie braku podjęcia prac objętych umową. Warto wzmiankować, że dzień ten wyznaczał już połowę okresu, w jakim Odwołujący miał zrealizować umówione roboty. Mimo to oraz mimo częściowego przejęcia placu budowy, zgodnie z protokołem z 16 września 2020 r., Odwołujący nie podjął żadnych prac w nieruchomości - ani zasadniczych, ani przygotowawczych.



19 października 2020 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo Odwołującego, stanowiące wniosek o zmianę terminu uzasadnione przede wszystkim przedłużającymi się procedurami w zakresie wydania zgody na zajęcia pasa drogowego, spowodowanymi panującą pandemią SARS COV2. Odwołujący został wezwany odrębnym pismem do uprawdopodobnienia okoliczności wskazanych w wystąpieniu zasadniczym. Mimo doręczenia kolejnego pisma, jego treść, zdaniem Zamawiającego, nie uczyniła zadość treści wezwania. Mając powyższe na względzie, wniosek w zakresie zmiany terminu wykonania robót został odrzucony.

Zamawiający nie zgodził się z przedstawioną opinią, jakoby przyczyny przedłużającego się terminu rozpoczęcia prac nie leżały po stronie Odwołującego. Zakres robót objętych umową obejmował m.in. impregnację więźby dachowej, wymianę obróbek blacharskich wraz z naprawą skorodowanych tynków od podwórka, wzmocnienie konstrukcji murowej przy użyciu kotew wklejanych, wymianę obróbek blacharskich od strony ulicy, remont prześwitu bramowego, naprawę tynków na klatce schodowej, konserwację schodów drewnianych i był na tyle rozległy, że uzasadniał rozpoczęcie prac we właściwym czasie. Istotnym wydawało się podkreślić, że Odwołujący, mimo akceptacji postanowień umownych, teren budowy objął dopiero do dwukrotnym wezwaniu przez Zamawiającego do dokonania tych czynności. Właściwa organizacja prac, uwzględniająca ich specyfikę, umożliwiłaby Odwołującemu uzyskanie niezbędnych pozwoleń administracyjnych w czasie realizacji pozostałych robót. Zasadnym jest odnotować, że Odwołujący nie uprawdopodobnił także w żaden sposób okoliczności podniesionych na podstawie ówczesnego art. 15r ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 i innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.). Samo poinformowanie Zamawiającego o ich wystąpieniu, bez konkretnego określenia i uzasadnienia, nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia przesłanek, jako że takie działanie mogłoby zostać uznane za nieuzasadnione, podstępne i sprzeczne z ratio legis normy prawnej. Ponadto, Odwołujący podając jako główną przyczynę przewlekłość postępowań administracyjnych w zakresie zajęcia pasa drogi oraz chodnika i szeroko odnosząc się do subiektywnej oceny prowadzonego postępowania, mimo wezwania, do 30 października 2020 r. nie przedłożył żadnych dokumentów potwierdzających termin swoich wystąpień w sprawie, determinujący datę zakończenia postępowań.

Mimo wydanego rozstrzygnięcia, wykonawca dalej nie podjął żadnych prac na terenie nieruchomości. Taki stan rzeczy utrzymał się do końca okresu wyznaczonego na realizację umówionych robót, tj. 31 października 2020 r.

Wobec powyższego, 30 października 2020 r. złożono Odwołującemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego. W uzasadnieniu

wskazano, że zgodnie z 2 pkt 1 ust. 1.1. oraz 1.2. umowy, rozpoczęcie robót winno nastąpić na następnym dniu roboczym po dniu zawarcia umowy, tj. 2 września 2020 r., a same roboty, zgodnie z postanowieniami umownymi, powinny zostać ukończone w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy, to jest najpóźniej w dniu 31 października 2020 r.

Na dzień sporządzenia oświadczenia nie podjęto żadnych czynności oraz jakichkolwiek prac właściwych lub przygotowawczych objętych zakresem robót ustalonym w oparciu o dołączoną do umowy dokumentację techniczną. Tego rodzaju zaniechanie Odwołującego w sposób jednoznaczny wypełniło hipotezę 2 pkt. 1 ust. 1.1, naruszając tym samym postanowienia umowne. Do końca uzgodnionego terminu wykonania robót pozostał wówczas jeden dzień, co zdaniem Zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres zleconych umową i koniecznych do wykonania prac, czyniło ich terminową realizację tak dalece nieprawdopodobną, że w pełni uzasadniało złożenie oświadczenia tej treści, zgodnie z 10 ust. 1 umowy.

Na Odwołującego nałożono karę umowną w wysokości 20% wartości umowy i obciążono firmę z tego tytułu notą księgową. Świadczenie nie zostało spełnione, a sam zobowiązany złożył wniosek o odstąpienie od roszczenia, na co nie wyrażono zgody. W uzasadnieniu podniósł argumenty analogiczne do wskazanych we wniosku z 19 października 2020 r. o przesunięcie terminu wykonania robót. Mimo, iż Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie poinformował, że w sposób zawiniony nie naruszył obowiązków zawodowych, a przyczyny niewykonania umowy nr 36/P/2020 nie leżały po jego stronie i nie wynikały z jego nierzetelności, poinformował lakonicznie o podjętych środkach zaradczych w celu wyeliminowania nieprawidłowych działań na przyszłość. Polegały one na: przeszkoleniu i poinstruowaniu pracowników w zakresie konieczności bardziej wnikliwej oceny przygotowania inwestycji budowlanej począwszy od etapu postępowania przetargowego aż do odbioru robót i ich przekazania Zamawiającemu, co miałyby eliminować ewentualne trudności w wykonaniu prac, a także poprawie komunikacji z Zamawiającym w zakresie bieżących problemów w prowadzeniu prac.

Zdaniem Zamawiającego, opisane działania, które podjął Odwołujący w celu wykazania swojej rzetelności nie były wystarczające. Przedstawione przez Odwołującego czynności nie dawały rękojmi, iż w przyszłości nie powtórzy się sytuacja, która doprowadziła do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Podjęte przez Odwołującego działania nie wpływały realnie na wyeliminowanie przyczyn, z których nastąpiło odstąpienie od wcześniejszej umowy.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp w powiązaniu z art. 24 ust. 7 pkt 3 Pzp oraz postanowieniami pkt. 8.2.2 SIWZ, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania dla części nr 1 i nr 2.

Ponadto w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odrzucił:

1. zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, ofertę Wykonawcy - "EON PLUS" WTS CAPITAL TRUST Sp. z o.o. Sp. J. z siedzibą w Nowym Sączu w części nr I i nr 2;
2. zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, ofertę Wykonawcy — P.P.H.U M. K., z siedzibą w Łodzi w części nr 2.

Po wykluczeniu Odwołującego oraz odrzuceniu ofert ww. wykonawców cena najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.I.B HESBUD z siedzibą w Bechcicach - Kolonii przewyższała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z tym, iż Zamawiający nie mógł zwiększyć kwoty na realizacji zamówienia w obu częściach do ceny najkorzystniejszej oferty, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp Zamawiający unieważnił postępowanie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

W przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 1 stycznia 2021 r., stosownie do art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej nPzp.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

W zakresie dotyczącym niezrealizowania przez Odwołującego Umowy 36/P/2020 Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

1 września 2020 r. Zamawiający i Odwołujący zawarli Umowę 36/P/2020, której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych na terenie nieruchomości położonej przy ulicy Próchnika w Łodzi. Roboty polegać miały na usunięciu nieprawidłowości dotyczących stanu technicznego budynku mieszkalnego, wielorodzinnego zgodnie z decyzją Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z 23 grudnia 2016 r. Zgodnie z § 2 pkt 1.1 tej umowy rozpoczęcie robót miało nastąpić w następnym dniu roboczym po dniu zawarcia umowy, czyli 2 września 2020 r. Zakończenie robót i zgłoszenie przez wykonawcę do ich odbioru przewidziano (§ 2 pkt 1.2 umowy) w terminie 60 dni od daty zawarcia umowy. Protokolarne przekazanie terenu budowy wykonawcy zgodnie z § 3 pkt 1.1 miało nastąpić następnego dnia roboczego po dniu zawarcia umowy (2 września 2020 r.).

14 września 2020 r. przedstawiciel Zamawiającego, pan K.S., skierował e-mail do Odwołującego: „W związku z zawartą przez Państwa umową na wykonanie robót budowlanych przy Próchnika 21 proszę o przejęcie placu budowy”.

16 września 2020 r. sporządzony został protokół z przekazania placu budowy Odwołującemu. W punkcie pierwszym wskazano: „W dniu dzisiejszym Zamawiający przekazuje niezbędny / teren, obiekt/ do realizacji robót objętych umową nr 36/P/2020 z dnia 01.09.2020 r.”. W treści protokołu wskazano ponadto, że:

1. Zamawiający nie przekazał projektu budowlanego;
2. „Prace na elewacji frontowej wymagają decyzji administracyjnych – uzgodnienie organizacji ruchu i zajęcie chodnika”;
3. „Pomieszczenia strychu nie zostały przekazane. Na strychu zalegają rzeczy lokatorów. Zamawiający do 30.09.2020 opróżni strych i przekaże wykonawcy”.

Do czasu odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy 36/P/2020 strych budynku przy ulicy Próchnika w Łodzi nie został przekazany do dyspozycji Odwołującego.

Pismem z 19 października 2020 r. (zatytułowane „Protokół konieczności”) Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu realizacji umowy do 23 grudnia 2020 r. jako podstawę faktyczną Odwołujący wskazał:

„A. Przedłużające się procedury w związku z koniecznością uzyskania pozwolenia na zajęcie pasa drogowego pod ustawienie rusztowania od strony ulicy:

- Konieczność uzyskania przez Wykonawcę kopii mapy zasadniczej (Zamawiający poinformował o braku takiej mapy w Projekcie Technicznym) przed opracowaniem projektu zmiany organizacji ruchu — procedura 7 dni (Łódzki Ośrodek Geodezji),
- Konieczność uzgodnienia projektu z Wydziałem Ruchu Drogowego Policji,

- Konieczność uzyskania uzgodnienia rozwiązań projektowych — procedura trwająca do 30 dni prowadzona przez Gminę Łódź (Zarząd Dróg i Transportu),
- Konieczność uzyskania decyzji administracyjnej zezwalającej na zajęcie pasa drogowego do wniosku należy dołączyć uzgodniony wcześniej projekt zmiany organizacji ruchu — procedura trwająca do 30 dni prowadzona przez Gminę Łódź (Zarząd Dróg i Transportu),

B. Nie przekazanie przez Zamawiającego kompletnego frontu robót tj. do dnia dzisiejszego nie Zamawiający nie przekazał Wykonawcy pomieszczeń strychowych do prowadzenia prac pomimo zobowiązania Zamawiającego o jego przekazaniu do dnia 30.09.2020 r. (po jego uprzątnięciu),

C. Utrudnienia w kontaktach z instytucjami w związku z trwającą pandemią”.

W odpowiedzi Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia jakie szczegółowe okoliczności wpłynęły na konieczność wnioskowania o zmianę terminu realizacji umowy, na jakim etapie są postępowania administracyjne, których zakończenie umożliwi rozpoczęcie robót i czy wnioskowany przez Odwołującego termin jest realny dla zakończenia robót.

W odpowiedzi (e-mail z 28 października 2020 r.) Odwołujący wskazał:

„Dotyczy stanu procedury uzyskania zezwolenia na zajęcie pasa drogowego - Próchnika 21

1. 15.09.2020 - wniosek o wydanie mapy zasadniczej w Łódzkim Ośrodku Geodezji
2. 21.09.2020 - wydanie mapy w ŁOG
3. 22.09.2020-30.09.2020 opracowanie "projektu organizacji ruchu
4. 30.09.2020 - przekazano do uzgodnienia do Wydziału Ruchu Drogowego
5. 02.10.2020 - odebrano z WRD i przekazano projekt do ZDiT do uzgodnienia
6. Projektu nie można odebrać osobiście, ZDiT wysyła tylko pocztą,

Do dnia 28.10.2020 projektant nie otrzymał od ZDiT uzgodnionego projektu”.

Odwołujący przekazał również pismo pani A. Z., projektanta pracującego na rzecz Odwołującego, w którym przedstawiony został stan uzgodnień projektu organizacji ruchu. Projektant wskazał m. in., że projekt został złożony do uzgodnień w ZDiT w Łodzi 2 października 2020 r., czas oczekiwania na zatwierdzenie projektów wynosi około 3 tygodni, ale w związku z epidemią może trwać dłużej (ze względu na pracę zdalną i brak możliwości osobistego odbioru dokumentów).

Odwołujący złożył ponadto wyjaśnienia, w których wskazał m. in., że proponowany termin wydłużenia realizacji umowy jest realny pod warunkiem, że nie będą w dalszym ciągu przedłużane przez Miasto Łódź procedury administracyjne związane z wydaniem decyzji zezwalającej na zajęcie chodnika i ustawienie rusztowań.

4 listopada 2020 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu do wiadomości pismo skierowane do Biura Inżyniera Miasta w Łodzi. W piśmie tym Odwołujący wskazał:

„Informujemy, iż powzięliśmy wiedzę, iż projekt organizacji ruchu (...) opracowany na nasze zlecenie przez Projektanta (...) przekazany do uzgodnienia do Biura Inżyniera Miasta za pośrednictwem Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi (data złożenia w ZDiT 02.10.2020 r.) został wydany w dniu 22.10.2020 nieznaną nam osobie, nie działającej na nasze upoważnienie osobie”.

4 listopada 2020 r. Odwołujący otrzymał oświadczenie Zamawiającego z 30 października 2020 r. o odstąpieniu od Umowy 36/P/2020. W oświadczeniu Zamawiający wskazał m. in.:

„Zgodnie z § 2 pkt. 1 ust. 1.1. oraz 1.2. umowy rozpoczęcie robót winno nastąpić na następny dzień roboczy po dniu zawarcia umowy tj. 2 września 2020 roku, a same roboty, zgodnie z postanowieniami umownymi powinny zostać ukończone w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy, to jest najpóźniej w dniu 31 października 2020 roku

Zamawiający dotrzymał terminu wynikającego z § 3 pkt. 1 ust. 1.1 przekazując Wykonawcy protokolarnie teren budowy dniu 2 września 2020 roku.

Na dzień sporządzenia niniejszego oświadczenia nie podjęto żadnych czynności oraz jakich prac właściwych lub przygotowawczych objętych zakresem robót ustalonym w oparciu o dołączoną do umowy dokumentację techniczną”.

2 grudnia 2020 r. Zamawiający nałożył na Odwołującego karę umowną z tytułu nienależytej realizacji umowy. Odwołujący nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego jakoby ponosił odpowiedzialność za niezrealizowanie Umowy, ale 5 stycznia 2021 r. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i argumentację dotyczącą winy.

W ramach przedmiotowego postępowania Izba ustaliła:

3 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, uprzednio wykluczając z niego Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Od tej czynności Odwołujący odwołał się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej żądając m. in. unieważnienia czynności wykluczenia oraz - ewentualnie - wezwania go do złożenia wyjaśnień lub poprawy oświadczenia dotyczącego braku podstaw do wykluczenia na podst. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp i umożliwienia przedstawienia informacji dotyczących samooczyszczenia.

30 grudnia 2020 r. do Izby wpłynęło pismo Zamawiającego z 28 grudnia 2020 r. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania oraz zobowiązał się m. in. wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień zgodnie z ww. żądaniem.

27 stycznia 2021 r., po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu i unieważnieniu wykluczenia Odwołującego, Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie:

„Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) wzywamy Państwa do udzielenia wyjaśnień w zakresie informacji dotyczącej braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp (załącznik nr 3 do oferty).

Wykonawca, wobec którego zachodzą określone w przepisach ustawy podstawy wykluczenia, może przedstawić dowody na to, że podjął wystarczające środki, aby wykazać swoją rzetelność (art. 24 ust. 8 ustawy pzp). Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające przedstawione przez niego dowody (art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 9 pzp) (...).

W odpowiedzi, 28 stycznia 2021 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał m. in.: „Odnosząc się do niezrealizowanej przez wykonawcę umowy 36/P/2020 na wykonanie robót budowlanych (...), od której Zamawiający odstąpił stwierdzamy, że nie naruszyliśmy przywołanych wyżej przepisów mogących stanowić podstawę wykluczenia, gdyż:

- w sposób zawiniony nie naruszyliśmy obowiązków zawodowych,
- przyczyny niewykonania umowy jw. nie leżały po stronie wykonawcy”.

W zakresie uzasadnienia swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że:

1. nie otrzymał placu budowy w zakresie i w terminie zgodnym z § 3 pkt 1 ust. 1.1 umowy, co uniemożliwiło zorganizowanie prac w sposób umożliwiający ich wykonanie w terminie określonym umową,
2. nie otrzymał dokumentacji projektowej umożliwiającej wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z przepisami prawa budowlanego,
3. procedury związane z zajęciem pasa drogowego, które przeprowadzały jednostki Miasta Łódź zakończone zostały dopiero pod koniec okresu przewidzianego w umowie na wykonanie prac. Ponadto procedury te wydłużyła sytuacja spowodowana pandemią koronawirusa SARS-COV-2 i brak możliwości bezpośrednich kontaktów pracowników wykonawcy z urzędami. Dodatkowo, ze względu na brak projektu (w tym mapy do celów projektowych niezbędnej do opracowania projektu zmiany organizacji ruchu i uzyskania pozwolenia na zajęcie pasa który nie został przekazany wykonawcy, procedura ta znacznie się wydłużyła. Znaczne opóźnienie w uzyskaniu zatwierdzonej dokumentacji zmiany organizacji ruchu miał również fakt, że jednostka Miasta Łódź zatwierdzająca dokumentację, nie informując działającego w imieniu Odwołującego projektanta, wydała zatwierdzony projekt nieupoważnionej, nieznanego Odwołującemu osobie. Po interwencji Odwołującego zostały sporządzone i zatwierdzone dodatkowe egzemplarze dokumentacji.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący złożył wraz z wyjaśnieniami dowody potwierdzające ich treść oraz tabelaryczne zestawienie szczegółowych, wynikających z umowy 36/P/2020 zobowiązań Odwołującego i Zamawiającego oraz trudności w ich terminowej realizacji. Odwołujący podkreślił ponadto, że wobec trudności z realizacją umowy 19 października 2020 r. zwrócił się do Zamawiającego, zgodnie z procedurą przewidzianą w umowie, z wnioskiem o zmianę umownego terminu wykonania prac. Wniosku tego Zamawiający nie uwzględnił.

Odwołujący wskazał również, że w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy Zamawiający przywołał zdarzenia niezgodne ze stanem faktycznym wynikającym z dwustronnie podpisanych dokumentów i korespondencji między stronami umowy, co dotyczyło kwestii przekazania placu budowy i dokumentacji projektowej.

26 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie obu jego części na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Ponadto Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp. W uzasadnieniu dokonanej czynności Zamawiający wskazał, że przyczyną wykluczenia Odwołującego była nienależyta realizacja Umowy 36/P/2020. Zamawiający wyjaśnił ponadto: „Wykonawca, wbrew postanowieniom umowy nie objął w terminie placu budowy. Nie podjął żadnych czynności w tym zakresie. Potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest korespondencja elektroniczna z Wykonawcą z dnia 14 września 2020 r., w której pracownik techniczny Zamawiającego, pełniący funkcję osoby sprawującej nadzór nad wykonaniem umowy od strony technicznej, wnosił do wskazanego o dokonanie objęcia placu budowy.

Tezę o braku realizacji postanowień umownych we właściwym czasie przez Wykonawcę dowodzi także treść następczej wiadomości elektronicznej z dnia 30 września 2020 r., przesłanej przez inspektora nadzoru z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w przedmiocie braku podjęcia prac objętych umową. Warto wzmiankować, że dzień ten wyznaczał już połowę okresu, w jakim Wykonawca miał realizować umówione roboty. Mimo to oraz mimo częściowego przejęcia placu budowy, zgodnie z protokołem z dnia 16 września 2020 r., nie podjął on żadnych prac w nieruchomości, ani zasadniczych, ani przygotowawczych.

W dniu 19 października 2020 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo Wykonawcy, stanowiące wniosek o zmianę terminu uzasadnione przede wszystkim przedłużającymi się procedurami w zakresie wydania zgody na zajęcia pasa drogowego, spowodowanymi panującą pandemią SARS CoV2 (...)

Zamawiający nie zgodził się z przedstawioną opinią, jakoby przyczyny przedłużającego się terminu rozpoczęcia prac nie leżały po stronie Wykonawcy. Zakres robót objętych umową był na tyle rozległy, że uzasadniał rozpoczęcie prac we właściwym czasie. Istotnym



wydawało się podkreślić, że Wykonawca, mimo akceptacji postanowień umownych, teren budowy objął dopiero do dwukrotnym wezwaniu przez Zamawiającego do dokonania tych czynności. Właściwa organizacja prac, uwzględniająca ich specyfikację, umożliwiłaby Wykonawcy uzyskanie niezbędnych pozwoleń administracyjnych w czasie realizacji pozostałych robót.

Zasadnym jest odnotować, że Wykonawca nie uprawdopodobnił także w żaden sposób okoliczności podniesionych na podstawie ówczesnego art. 15r ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 i innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 374 z późn. zm.). Samo poinformowanie Zamawiającego o ich wystąpieniu, bez konkretnego określenia i uzasadnienia, nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia przesłanek, jako że takie działanie mogłoby zostać uznane za nieuzasadnione, podstępne i sprzeczne z ratio legis normy prawnej. Ponadto, Wykonawca podając za główną przyczynę przewlekłość postępowań administracyjnych w zakresie zajęcia pasa drogi oraz chodnika i szeroko odnosząc się do subiektywnej oceny prowadzonego postępowania, mimo wezwania, do dnia 30 października 2020 r. nie przedłożył żadnych dokumentów potwierdzających termin swoich wystąpień w sprawie, determinujący datę zakończenia postępowań.

Mimo wydanego rozstrzygnięcia, wykonawca dalej nie podjął żadnych prac na terenie nieruchomości. Taki stan rzeczy utrzymał się do końca okresu wyznaczonego na realizację umówionych robót, tj. 31 października 2020 r.

Wobec powyższego, w dniu 30 października 2020 r. złożono Wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu od umowy z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego”.

Odnosząc się do wyjaśnień Odwołującego z 28 stycznia 2021 r. Zamawiający wskazał:

„W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca oświadczył, że w sposób zawiniony nie naruszył obowiązków zawodowych, a przyczyny niewykonania umowy nr 36/P/2020 nie leżały po jego stronie i nie wynikały z jego nierzetelności. Wykonawca zanegował, jakoby doszło do rozwiązania umowy z jego winy.

Pomimo powyższych stwierdzeń Wykonawca w złożonym wyjaśnieniu poinformował lakonicznie o podjętych środkach zaradczych w celu wyeliminowania nieprawidłowych działań na przyszłość. Polegały one na: przeszkoleniu i poinstruowaniu pracowników w zakresie konieczności bardziej wnikliwej oceny przygotowania inwestycji budowlanej począwszy od etapu postępowania przetargowego aż do odbioru robót i ich przekazania Zamawiającemu, co miałyby eliminować ewentualne trudności w wykonaniu prac, a także

poprawie komunikacji z Zamawiającym w zakresie bieżących problemów w prowadzeniu prac.

Zdaniem Zamawiającego, opisane działania, które podjął Wykonawca w celu wykazania swojej rzetelności nie są jednak wystarczające. W ocenie Zamawiającego, przedstawione przez Wykonawcę czynności nie dają rękojmi, iż nie powtórzy się sytuacja, która doprowadzi do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy w przyszłości. Podjęte przez Wykonawcę działania nie wpływają realnie na wyeliminowanie przyczyn, z których nastąpiło odstąpienie od wcześniejszej umowy”.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny w ocenie Izby wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i pkt 4 Pzp było rażąco nieprawidłowe.

Art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp stanowią, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę,

- 2) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych,
- 4) 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.

Wykluczenie z postępowania wykonawców na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp Zamawiający przewidział w Rozdziale 1 pkt 8.2 SIWZ.

Podstawowym obowiązkiem zamawiającego, który decyduje się na wykluczenie wykonawcy na podstawie ww. przepisów jest udowodnienie, że wykonawca ten odpowiednio:

1. jest winny poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co doprowadziło do podważenia jego uczciwości,
2. ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu wcześniejszej umowy.

Zamawiający nie podjął choćby próby udowodnienia, by zaistniały ww. okoliczności.

Podkreślenia wymagają niewiarygodne i zmieniające się wraz z upływem czasu wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące okoliczności, ze względu na które doszło do odstąpienia przez niego od Umowy 36/P/2020:

1. w uzasadnieniu odstąpienia od Umowy 36/P/2020 (30 października 2020 r.) Zamawiający wskazał, że plac budowy został przekazany Odwołującemu w sposób zgodny z umową, tj. 2 września 2020 r.,
2. w kolejnych pisemnych wystąpieniach Zamawiający, co do zasady konsekwentnie twierdził, że do przekazania placu budowy doszło po terminie wynikającym z umowy, po interwencji (14 września 2020 r.) drogą e-mailową Zamawiającego.

W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że w uzasadnieniu odstąpienia od umowy zaistniała oczywista omyłka i z tego względu wskazano, na terminowe przejęcie placu budowy. Izba nie dała wiary tym wyjaśnieniom. W oświadczeniu o odstąpieniu od umowy Zamawiający wskazał:

„Zgodnie z § 2 pkt. 1 ust. 1.1. oraz 1.2. umowy rozpoczęcie robót winno nastąpić na następny dzień roboczy po dniu zawarcia umowy tj. 2 września 2020 roku, a same roboty, zgodnie z postanowieniami umownymi powinny zostać ukończone w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy, to jest najpóźniej w dniu 31 października 2020 roku.

Zamawiający dotrzymał terminu wynikającego z § 3 pkt 1 ust. 1.1 przekazując Wykonawcy protokolarnie teren budowy dniu 2 września 2020 roku.

Na dzień sporządzenia niniejszego oświadczenia nie podjęto żadnych czynności oraz jakich prac właściwych lub przygotowawczych objętych zakresem robót ustalonym w oparciu o dołączoną do umowy dokumentację techniczną”.

Oświadczenie powyższe jest w sposób oczywisty sprzeczne z faktami ustalonymi w oparciu o dokumentację postępowania. Zamawiający nie przekazał placu budowy 2 września 2020 r., a 16 września. Ponadto miał pełną świadomość, że Odwołujący podjął działania zmierzające do uzyskania pozwolenia na tymczasowe zajęcia pasa ruchu, co było niezbędne by móc rozstawić rusztowanie przy fasadzie budynku, którego dotyczyła Umowa 36/P/2020.

Twierdzenie Zamawiające, że do przekazania placu budowy doszło dopiero po jego interwencji również nie jest w ocenie Izby wiarygodne – Zamawiający obarczał winą za opóźnienie w przekazaniu placu Odwołującego konsekwentnie pomijając, że w treści protokołu przekazania placu budowy z 16 września 2020 r. widnieje informacja, że nie został przekazany strych budynku, ze względu na zalegające na nim rzeczy należące do lokatorów. Tym samym Odwołującemu - wbrew twierdzeniu Zamawiającego - nigdy nie został przekazany cały plac budowy, a jedynie jego część. Okoliczność ta uniemożliwiła zrealizowanie umowy w całości. Za przekazanie strychu do dyspozycji Odwołującego odpowiadał Zamawiający i do czasu wypowiedzenia Umowy 36/P/2020 Zamawiający się z tego obowiązku nie wywiązał.

Zamawiający nie przekazał Odwołującemu dokumentacji projektowej, co wprost wynika z Protokołu przekazania placu budowy z 16 września 2020 r. Konsekwencją powyższego

było wydłużenie procedury uzyskania niezbędnych pozwoleń administracyjnych związanych z realizacją Umowy.

Zamawiający był ponadto kilkakrotnie informowany przez Odwołującego o opóźnieniach w uzyskaniu niezbędnych pozwoleń, jak również o fakcie, że za opóźnienia te nie odpowiadał Odwołujący. Były one skutkiem m. in. pandemii COVID-19 i przejścia urzędów w tryb pracy zdalnej. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego okoliczność ta, jako oczywista, zdaniem Izby nie wymagała dowodu ze strony Odwołującego.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający decydując się na wykluczenie Odwołującego z postępowania pominął:

1. okoliczności, za które odpowiadał sam Zamawiający, a które wpłynęły na sposób realizacji Umowy 36/P/2020,
2. okoliczności, za które nie odpowiadał Odwołujący a które uniemożliwiły terminowe uzyskanie przez stosownych Odwołującego zezwoleń administracyjnych.

Podkreślenia wymaga, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania z 26 lutego 2021 r. Zamawiający pominął milczeniem niemal całe wyjaśnienia Odwołującego z 28 stycznia 2021 r. Zamawiający odniósł się jedynie do niewielkiego, następującego fragmentu wyjaśnień Odwołującego:

„Ponadto informujemy, że niezależnie od powyższego pracownicy wykonawcy zostali przeszkoleni i poinstruowani w zakresie konieczności bardziej wnikliwej oceny przygotowania inwestycji budowlanych począwszy od etapu postępowania przetargowego, aż do odbioru robót i ich przekazaniu zamawiającemu. co pozwoli wyeliminować ewentualne trudności w wykonaniu prac. Szkolenie to dotyczyło również problemu poprawy komunikacji pracowników wykonawcy z przedstawicielami zamawiającego w zakresie bieżących problemów w prowadzeniu prac”.

Przytoczone wyżej stanowisko Odwołującego Zamawiający potraktował jako swego rodzaju przyznanie się Odwołującego do winy („W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca oświadczył, że w sposób zawiniony nie naruszył obowiązków zawodowych, a przyczyny niewykonania umowy nr 36/P/2020 nie leżały po jego stronie i nie wynikały z jego nierzetelności. Wykonawca zanegował, jakoby doszło do rozwiązania umowy z jego winy. Pomimo powyższych stwierdzeń Wykonawca w złożonym wyjaśnieniu poinformował lakonicznie o podjętych środkach zaradczych w celu wyeliminowania nieprawidłowych działań na przyszłość”). Do wniosku takiego prowadzi fakt, iż przytoczony fragment wyjaśnień Odwołującego Zamawiający potraktował jako nieudaną próbę realizacji procedury samooczyszczenia. Tym samym w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający całkowicie wypaczył sens wyjaśnień Odwołującego z 28 stycznia 2021 r. Odwołujący faktycznie wskazał w ogólny sposób na podjęte na przyszłość środki mające

zapobiegać trudnościami w realizacji umów. Zdecydowana większość treści pisma z 28 stycznia 2021 r. to poparte stosownymi dowodami stanowisko Odwołującego, który wykazał, że nie ponosi odpowiedzialności za niezrealizowanie Umowy 36/P/2020. Zamawiający nie odniósł się do tej argumentacji i nie wyjaśnił dlaczego uznał ją za niewiarygodną. Zamawiający pominął milczeniem wszystkie dowody przedstawione przez Odwołującego, mimo, że dowody te były zgodne ze stanem faktycznym wynikającym z dokumentacji postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Izby nie ma podstaw, by odpowiedzialnością za niezrealizowanie Umowy 36/P/2020 obarczyć Odwołującego. Nie zasługiwał przy tym na uwzględnienie argument Zamawiającego, który twierdził, że ze względu na szeroki zakres zadania dotyczącego budynku przy ulicy Próchnika w Łodzi, Odwołujący mógł podjąć prace, które nie wymagały dostępu do strychu ani pozwolenia na zajęcie pasa ruchu. Żadna okoliczność nie wskazywała, by do odstąpienia od umowy nie doszło, gdyby Odwołujący podjął te prace. Zamawiający również nie twierdził, że nie odstąpiłby od Umowy w takiej sytuacji.

W ocenie Izby istotne jest również, że Zamawiający nie wyraził zgody na wydłużenie terminu realizacji umowy, mimo, że Odwołujący wskazywał na okoliczności, za które nie odpowiadał, a które mogły stanowić podstawę do odpowiedniego wydłużenia terminu realizacji zadania. Izba przeprowadziła dowód z treści Umowy 36/P/2020 i stwierdziła, że § 13 Umowy 36/P/2020 w ust. 3 przewidywał m. in. następujące przypadki, w których możliwa była zmiana terminu realizacji umowy:

1. przedłużających się procedur administracyjnych mających wpływ na termin realizacji przedmiotowego zamówienia (par. 13 pkt 3 lit. d Umowy),
2. zaistnienia okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, w szczególności spowodowanych sytuacją finansową, zdolnościami płatniczymi lub warunkami organizacyjnymi (par. 13 pkt 3 lit. f Umowy).

§ 13 pkt 5 Umowy stanowił, że w przypadku wystąpienia którejkolwiek okoliczności z wymienionych w ust. 3 i 4, termin realizacji robót może ulec odpowiednio przedłużeniu, o czas niezbędny do zakończenia wykonania przedmiotu umowy w sposób należyty, nie dłużej jednak niż okres trwania tych okoliczności.

Zamawiający nie miał zatem obowiązku wydłużenia terminu realizacji Umowy, ale powinien mieć świadomość, że częściowe przekazanie placu budowy nastąpiło z piętnastodniowym opóźnieniem w stosunku do terminu określonego w Umowie 36/P/2020. Przyczyny tego opóźnienia były sporne między stronami, ale w ocenie Izby odpowiedzialność za nie ponosił

Zamawiający. Na skutek opóźnienia w przekazaniu placu budowy czas przeznaczony na realizację umowy skrócił się z 60 do 45 dni, co znacząco zwiększyło ryzyko niepowodzenia realizacji inwestycji. Ponadto, do czasu odstąpienia od Umowy Zamawiający nie przekazał do dyspozycji Odwołującego strychu budynku.

Wobec powyższego Izba uznała, że wobec Odwołującego nie wypełniły się przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp. Nie było zatem powodów uzasadniających wykluczenie Odwołującego.

Skutkiem uznania wykluczenia Odwołującego za bezpodstawne było stwierdzenie, że potwierdził się również zarzut niezasadnego unieważnienia postępowania. Unieważniając postępowanie na podst. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający wziął pod uwagę jedynie ofertę złożoną w ramach części 1 i 2 postępowania przez wykonawcę P.I.B HESBUD z siedzibą w Bechcicach – Kolonii, której wartość przekraczała kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że cena najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przewyższała kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w częściach nr 1 i nr 2. Zamawiający stwierdził przy tym, że nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty. Zamawiający niezasadnie pominął przy tym ofertę Odwołującego. Z tego względu Izba uznała, że obowiązkiem Zamawiającego jest unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, o czym orzekła w sentencji.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania, w tym w szczególności z:

1. Umowy 36/P/2020 z 1 września 2020 r.,
2. Protokołu przekazania placu budowy z 16 września 2020 r.,
3. korespondencji między Zamawiającym, a Odwołującym dotyczącej wszystkich okoliczności związanych z realizacją Umowy 36/P/2020,
4. oświadczenia Zamawiającego z 30 października 2020 r. o odstąpieniu od Umowy 36/P/2020,
5. skierowanego do Odwołującego wezwania z 27 stycznia 2021 r. do wyjaśnień okoliczności dotyczących możliwości wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp,
6. wyjaśnień Odwołującego z 28 stycznia 2021 r. wraz z dowodami załączonymi do wyjaśnień,
7. uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania z 26 lutego 2021 r.

Wniosek Odwołującego o przesłuchanie świadków Izba oddaliła na podstawie art. 541 nPzp.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....