

Sygn. akt: KIO 816/20

WYROK
z dnia 29 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą G. K. P.R.B. REMBUD w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy

orzeka:

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

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, 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 - Skarb Państwa – 26 Wojskowy Oddział Gospodarczy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane – remont budynku nr 28 na terenie kompleksu wojskowego w Kazuniu Nowym. Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 marca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 522607-N-2020.

I. W dniu 14 kwietnia 2020 r. wykonawca G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą G. K. P.R.B. REMBUD wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności zamawiającego polegające na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, podczas gdy żadna z tych okoliczności w zaistniałym stanie faktycznym nie zachodzi, w szczególności, że żadna z tych okoliczności nie została przez zamawiającego opisana i uzasadniona;
- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy żadna z tych okoliczności w zaistniałym stanie faktycznym nie zachodzi, w szczególności, że żadna z tych okoliczności nie została przez zamawiającego opisana i uzasadniona;
- art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że odwołujący, 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, podczas gdy żadna z tych okoliczności w zaistniałym stanie faktycznym nie zachodzi, w szczególności tym bardziej, że nie zostały przez zamawiającego wykazane;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z postanowieniami rozdziału XII punkt 6 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ w ten sposób, że załącznik do niej w postaci Kosztorysu w poz. 19, 81, 84, 161, 94 oraz w zestawieniu materiałów poz. 90 zostały wypełnione niezgodnie z wymaganiami zamawiającego, podczas gdy oferta odwołującego takich błędów nie zawiera;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 65 Kodeksu cywilnego oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z postanowieniami rozdziału XII punkt 6 SIWZ przez przedwczesne odrzucenie oferty odwołującego, bez uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, co do treści oferty w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ w części dotyczącej poz. 19, 81, 84, 161, 94 Kosztorysu oraz w zestawieniu materiałów poz. 90 w sytuacji, gdy treść oferty odwołującego we wskazanym zakresie odpowiada postanowieniom SIWZ;
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadą proporcjonalności i przejrzystości oraz innych przepisów ustawy Pzp i innych przepisów powszechnie obowiązujących ewentualnie wskazanych w treści uzasadnienia odwołania.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania,
- unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty „EURODOM D. D. jako oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym ewentualnie przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp względem oferty odwołującego.

II. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie pismem z dnia 24 czerwca 2020 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

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

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Pismem z dnia 9 kwietnia 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

W zakresie czynności wykluczenia z postępowania zamawiający wskazał jako podstawę prawną przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

W ramach uzasadnienia faktycznego ww. czynności zamawiający w szczególności wskazał, iż do oferty odwołujący załączył oświadczenie o braku podstaw wykluczenia go z postępowania (załącznik nr 3). W ocenie zamawiającego oświadczenie to zawiera nieprawdziwe informacje odnośnie podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że w 2019 r. na skutek odstąpienia od umowy lub jej rozwiązania, nie doszło do całkowitej realizacji trzech umów zawartych z odwołującym:

- 1) umowy nr 245/INFR/2019 z dnia 12.09.2019 r. dot. postępowania nr ZP/53/2019 - remont budynku nr 1 Olszewnica [dalej jako „umowa na remont budynku w Olszewnicy”], pismem nr 308/19 z dnia 27.12.2019 r. zamawiający poinformował odwołującego o rozwiązaniu umowy;
- 2) umowy nr 237/INFR/2019 z dnia 29.08.2019 r. dot. postępowania nr ZP/52/2019 - konserwacja pomieszczeń w budynku nr 6 w Ciechanowie [dalej jako „umowa na konserwację pomieszczeń w budynku w Ciechanowie”], pismem nr 15647/19 z dnia 27.12.2019 r. zamawiający poinformował odwołującego o rozwiązaniu umowy;
- 3) umowy nr 314/INFR/2019 z dnia 12.11.2019 r. dot. postępowania nr ZP/70/2019 - konserwacja ogrodzenia w Pomiechówku [dalej jako „umowa na konserwację ogrodzenia w Pomiechówku”], pismem nr 14134/19 z dnia 27.11.2019 r. zamawiający poinformował odwołującego o rozwiązaniu umowy.

Zamawiający wskazał, iż ww. umowy zostały rozwiązane (lub od umowy odstąpiono) z przyczyn leżących po stronie odwołującego, tj. z powodu niedotrzymania terminu realizacji umowy, a w przypadku umowy na konserwację ogrodzenia w Pomiechówku na skutek nieprzyjęcia terenu budowy i nieprzystąpienia do realizacji prac zawartych w umowie.

Zamawiający ustalił z tego tytułu odszkodowanie w formie naliczenia kar umownych n/w dokumentami: nota obciążeniowa nr 64/2019 z dnia 30.12.2019 r. oraz nota obciążeniowa nr 1/2020 i nr 2/2020 z dnia 20.01.2020 r. - które do dnia dzisiejszego nie zostały przez odwołującego uregulowane.

Zamawiający poinformował, iż w związku z faktem rażących zaniedbań podczas wykonywania zawartych z zamawiającym umów na roboty budowlane oraz niezachowaniem należytej staranności przy ich realizacji zamawiający zlecił wykonanie niezależnej opinii technicznej przez rzeczoznawcę budowlanego dla budynku nr 1 w Olszewnicy i budynku nr 6 w Ciechanowie, która potwierdziła, iż widniejące defekty w wykonanych robotach budowlanych pogarszają zamierzony efekt wizualny, który znacznie odbiega od oczekiwanego.

Podsumowując zamawiający stwierdził, iż niewykonanie jak i nienależyte wykonanie przedmiotu ww. umów jest następstwem okoliczności, za które odwołujący ponosi odpowiedzialność, czego potwierdzeniem są: protokoły odbioru robót z zastrzeżeniami co do ich jakości (protokoły odbioru warunkowego), wezwania do zapłaty kar umownych, monity wzywające do zakończenia realizowanych prac budowlanych, zgodnie z terminem określonym w zawartych umowach, wezwanie do przekazania inwestorowi remontowanego budynku, posprzątanie terenu objętego pracami, a także przekazanie kompletu kluczy do wszystkich drzwi wymienionych w ramach zadania oraz odstąpienie i rozwiązanie realizowanych umów.

Zamawiający podkreślił, iż odwołujący zataił informacje odnośnie podstawy wykluczenia, nie korzystając z przysługującej mu tzw. procedury samooczyszczenia. W ocenie zamawiającego zachowanie odwołującego wypełniło dyspozycję norm zawartych w art. 24 ust 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący przedstawił informacje, które są niezgodne ze stanem faktycznym i wprowadzają zamawiającego w błąd. W ocenie zamawiającego działanie odwołującego było świadome, a wręcz celowe, gdyż trudno sobie wyobrazić, aby informacja o odstąpieniu z jego winy od umów i obciążeniu karami umownymi nie była mu znana. Natomiast w dalszej kolejności zamawiający ocenił działanie odwołującego także jako będące wynikiem rażącego niedbalstwa, lekkomyślności lub niedbalstwa.

W zakresie odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał jako podstawę prawną przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ramach uzasadnienia faktycznego ww. czynności zamawiający wskazał na zmiany w kosztorysie dokonane przez odwołującego w zakresie następujących pozycji:

- nr 19 – zmiana w zakresie nakładu robocizny (z 0,1163 na 0,35);
- nr 19 – zmiana w zakresie materiałów (z „papa asfaltowa na tekturze izolacyjna” na „papa asfaltowa SBS gr 4mm”);

- nr 19 – zmiana w zakresie materiałów i nakładów (z „lepek asfaltowy bez wypełniaczy na gorąco 0,38” na „gaz płynny propanowo – butanowy 0,23”);
- nr 81 – zmiana w zakresie nakładu robocizny (z „0,2” na „0,4”);
- nr 84 – zmiana w zakresie nakładu robocizny (z „0,7” na „0,14”);
- nr 161 – zmiana w zakresie nakładu sprzętu (rusztowania) (z „2749,6232” na „2855,464”)

a ponadto na brak wyceny w zakresie pozycji nr 94 (wykonanie dylatacji) oraz pozycji nr 90 zestawienia materiałów (woda).

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie zastosował się do postanowień SIWZ, które jednoznacznie wskazują w Rozdziale XII - Opis sposobu obliczania ceny - w jaki sposób sporządzić kosztorys. Zamawiający przytoczył fragment postanowienia zawartego w Rozdziale XII pkt 6, zgodnie z którym brak wypełnienia i określenia wartości w którejkolwiek pozycji jak i wprowadzenie jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty. Stwierdził, iż odwołujący nie był uprawniony do samodzielnego wprowadzania zmian do przedmiaru.

Okoliczności faktyczne dotyczące treści oświadczeń odwołującego złożonych w ramach oferty nie były pomiędzy stronami sporne. Spór pomiędzy stronami dotyczył dokonanej przez zamawiającego oceny prawnej w zakresie uznania, iż w stosunku do odwołującego zachodzą podstawy wykluczenia go z postępowania wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp oraz że zachodzi podstawa do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Bezsporne pomiędzy stronami były również okoliczności dotyczące zawarcia pomiędzy stronami trzech umów wskazanych w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Jak wynika z dowodów złożonych zarówno przez odwołującego jak i zamawiającego (kopie wskazanych poniżej pism) zamawiający wystosował do odwołującego następujące pisma:

- pismem z dnia 27 listopada 2019 r. zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w całości, w trybie natychmiastowym ze skutkiem na dzień doręczenia pisma. W treści pisma zamawiający powołał się na postanowienie § 20 ust. 2 lit. a) umowy, zgodnie z którym zamawiający może odstąpić od umowy w całości lub w części jeżeli wykonawca naruszył jakiegokolwiek jej istotne postanowienia, w tym w szczególności wykonawca nie przyjął terenu budowy w terminie wyznaczonym w § 3 ust. 2. Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 3 ust. 2 umowy w dniu 13 listopada 2019 r. odwołujący miał przejąć teren budowy. W dniu wyznaczonym zgodnie z umową z przyczyn zawinionych przez odwołującego wprowadzenie na budowę nie odbyło się. W wyznaczonym na dzień

25 listopada 2019 r. kolejnym terminie wprowadzenia na budowę odwołujący nie stawiał się.

- pismem z dnia 27 grudnia 2019 r. zamawiający złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy na konserwację pomieszczeń w budynku w Ciechanowie w części niezrealizowanej, w trybie natychmiastowym ze skutkiem na dzień doręczenia pisma. W treści pisma zamawiający powołał się na postanowienie § 20 ust. 2 lit. d) umowy, zgodnie z którym zamawiający może odstąpić od umowy lub rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym w całości lub w części, jeżeli wykonawca opóźnia się z wykonaniem przedmiotu umowy tak dalece, że jest prawdopodobne, że nie wykona jej w terminie wskazanym w § 3 ust. 1 umowy. Ponadto zamawiający wskazał, iż zgodnie z § 3 ust. 1 umowy odwołujący zobowiązał się wykonać przedmiot umowy w terminie do dnia 16 grudnia 2019 r., jednakże z przyczyn zawinionych przez odwołującego nie wykonał on wszystkich prac określonych w umowie (kosztorys ofertowy wykonawcy) we wskazanym terminie.
- pismem z dnia 30 grudnia 2019 r. zamawiający złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy na remont budynku w Olszewnicy w części niezrealizowanej, w trybie natychmiastowym ze skutkiem na dzień doręczenia pisma. W treści pisma zamawiający powołał się na postanowienie § 20 ust. 2 lit. d) umowy, zgodnie z którym zamawiający może odstąpić od umowy lub rozwiązać umowę w trybie natychmiastowym w całości lub w części, jeżeli wykonawca opóźnia się z wykonaniem przedmiotu umowy tak dalece, że jest prawdopodobne, że nie wykona jej w terminie wskazanym w § 3 ust. 1 umowy. Ponadto zamawiający wskazał, iż zgodnie z § 3 ust. 1 umowy odwołujący zobowiązał się wykonać przedmiot umowy w terminie do dnia 20 grudnia 2019 r., jednakże z przyczyn zawinionych przez odwołującego nie wykonał on wszystkich prac określonych w umowie (kosztorys ofertowy wykonawcy) we wskazanym terminie.

Izba pominęła jako dowody w sprawie złożone przez zamawiającego noty obciążeniowe z uwagi na fakt, iż na rozprawie pełnomocnik zamawiającego oświadczył, iż nie może potwierdzić, że dokumenty te zostały doręczone odwołującemu (okoliczność braku doręczenia not podnoszona była przez odwołującego).

Fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazana w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp została przez zamawiającego przewidziana zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu jak i w treści SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może wykluczyć z postępowania 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.

Zamawiający dokonując czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania na ww. podstawie obowiązany jest w treści pisma informującego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania wykazać spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Należy przy tym zauważyć, iż zakres uzasadnienia faktycznego determinowany jest między innymi tym, czy stwierdzona podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania dotyczy umowy, która została zawarta z tym samym czy innym zamawiającym. W tym pierwszym przypadku (umowa zawarta z tym samym zamawiającym), w zależności od konkretnych okoliczności sprawy, może nie być wymagany tak duży poziom szczegółowości uzasadnienia jak w drugiej z wymienionych powyżej sytuacji (umowa zawarta z innym zamawiającym), gdyż odwołuje się ono do okoliczności faktycznych, które na ogół są obu stronom doskonale znane.

Mając na uwadze treść informacji zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz treść dokumentów złożonych jako dowody w postępowaniu odwoławczym Izba uznała, iż zamawiający nie wykazał w sposób dostateczny zaistnienia wobec odwołującego podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp – w odniesieniu do umowy na remont budynku w Olszewnicy oraz w odniesieniu do umowy na konserwację pomieszczeń w budynku w Ciechanowie.

W ramach zarzutów odwołania odnoszących się do ww. przesłanki wykluczenia z postępowania odwołujący wskazał między innymi na niewystarczające uzasadnienie faktyczne zawarte w zawiadomieniu zamawiającego. Odwołujący stwierdził, iż zamawiający zobowiązany był wskazać, która umowa i w jakim zakresie nie została wykonana i z jakich względów to odwołujący jest odpowiedzialny za ten stan rzeczy. Powyższy zarzut odwołania Izba uznała za zasadny w odniesieniu do ww. umów w zakresie przesłanki wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, tj. okoliczności niewykonania albo nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu. W informacji o wykluczeniu odwołującego w z postępowania zamawiający wskazał, iż „rozwiązanie” ww. umów nastąpiło z przyczyn leżących po stronie odwołującego, tj. z powodu niedotrzymania terminu realizacji umowy. W treści pism z dnia 27 i 30 grudnia 2020 r. zamawiający stwierdził, iż z przyczyn zawnionych przez odwołującego nie wykonał on wszystkich prac określonych w umowie (kosztorys ofertowy wykonawcy) we wskazanym terminie. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, że miało miejsce

niewykonanie ww. umów w stopniu istotnym. Zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z postępowania nie zawiera żadnych informacji odnośnie zakresu niezrealizowanego przedmiotu umowy. Dodatkowo należy zauważyć, iż ziszczenie się ww. przesłanki nie zostało przez zamawiającego udowodnione na etapie postępowania odwoławczego. Jedynym dokumentem, jaki w tym zakresie został złożony na rozprawie, była opinia techniczna wykonanych robót remontowych wewnątrz budynku nr 1 w kompleksie wojskowym w Olszewnicy. Po pierwsze jest to opinia prywatna, podlegająca kwalifikacji jako stanowisko strony, po drugie została sporządzona już po złożeniu przez zamawiającego oświadczenia z dnia 30 grudnia 2019 r., a po trzecie – co najważniejsze – nie dotyczy ona zakresu przedmiotu umowy, który nie został przez odwołującego wykonany, lecz oceny technicznej wykonanych robót remontowych. Przedstawiona przez zamawiającego opinia nie dotyczy zatem okoliczności stanowiącej przyczynę złożenia oświadczenia o „rozwiązaniu” umowy. Z kolei w odniesieniu do umowy na konserwację pomieszczeń w budynku w Ciechanowie zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż co najmniej w zakresie przesłanki niewykonania albo nienależytego wykonania umowy w istotnym stopniu - w odniesieniu do umowy na remont budynku w Olszewnicy oraz w odniesieniu do umowy na konserwację pomieszczeń w budynku w Ciechanowie – uzasadnienie faktyczne informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania było niewystarczające. W związku z tym podniesiony w ww. zakresie zarzut odwołania Izba uznała za zasadny, bez konieczności badania wykazania przez zamawiającego zaistnienia pozostałych przesłanek zawartych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba uznała natomiast, iż zamawiający w sposób dostateczny wykazał zaistnienie wobec odwołującego podstawy wykluczenia z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp – w odniesieniu do umowy na konserwację ogrodzenia w Pomiechówku.

W odniesieniu do ww. umowy w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania zamawiający wykazał ziszczenie się wszystkich przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Wskazana została zarówno okoliczność odstąpienia od umowy (omyłko nazwanego w zawiadomieniu „rozwiązaniem”, choć właśnie kwalifikowanym jako „rozwiązanie” umowy na gruncie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp w związku z zastosowanym w tej regulacji nazewnictwem), jak i podane zostały okoliczności stanowiące przyczyny złożenia ww. oświadczenia, które jednocześnie świadczą o ziszczeniu się pozostałych przesłanek wskazanych w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał bowiem, iż przyczyną złożenia ww. oświadczenia było nieprzyjęcie terenu budowy i nieprzystąpienie do realizacji prac zawartych w umowie, a zatem jest oczywiste, iż w tym przypadku miało miejsce niewykonanie umowy w istotnym stopniu (umowa w ogóle nie została wykonana), a po drugie – skoro obowiązkiem wykonawcy jest przejście terenu budowy i przystąpienie do realizacji

prac stanowiących przedmiot umowy – należy uznać, iż są to przyczyny leżące po stronie wykonawcy. Oczywiście wykonawca może wykazywać, iż w rzeczywistości nieprzyjęcie terenu budowy i nieprzystąpienie do realizacji przedmiotu umowy było spowodowane innymi przyczynami nieleżącymi po jego stronie, jednakże ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na odwołującym.

Zarzuty odwołania odnoszące się do ww. umowy zostały przez odwołującego uzasadnione poprzez wskazanie okoliczności, które w jego ocenie świadczą o tym, iż do niewykonania umowy doszło z przyczyn za które to zamawiający ponosi odpowiedzialność. Odwołujący stwierdził: *„Głównym powodem rozwiązania umowy był fakt, że zgodnie z przedmiarami przedstawionymi w przedmiarze robót [załącznik do SIWZ] Odwołujący był zobowiązany wykonać 58 metrów bieżących ogrodzenia podczas gdy podczas spotkania w dniu 13 listopada 2019r. Zamawiający zażądał od Odwołującego wykonania wymiany poszczególnych pręseł - segmentów ogrodzenia znajdujących się w różnych miejscach ogrodzenia. Takie żądanie pozostawało w rażącej sprzeczności z zapisami SIWZ [w tym przedmiarze robót], który nie wskazywał w żadnym miejscu prawa Zamawiającego do wyboru miejsc konserwacji lub naprawy ogrodzenia lecz wręcz przeciwnie wprost wskazywał na jednolity odcinek ogrodzenia przeznaczony do konserwacji o długości 58 metrów bieżących. Żadna z tych okoliczności nie znalazła się jednak w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania.”*

Na potwierdzenie przywołanych okoliczności odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów. W treści pozwu o zapłatę, którego kopia została złożona jako dowód w postępowaniu przed Izbą, odwołujący (powód) wnosił o przeprowadzenie na potwierdzenie ww. okoliczności dowodów z zeznań świadków. Dowody te zostaną zatem dopiero przeprowadzone w postępowaniu sadowym, natomiast o ich przeprowadzenie w postępowaniu odwoławczym przed Izbą odwołujący nie wnosił. Odwołujący nie sprostał zatem spoczywającemu na nim w ww. zakresie ciężarowi dowodu.

Dodatkowe okoliczności przedstawione w ww. zakresie w treści pozwu o zapłatę, którego kopia została złożona jako dowód w postępowaniu przed Izbą, nie były brane pod uwagę przez Izbę z uwagi na regulację art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którą Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Natomiast pod pojęciem zarzutu rozumie się wskazaną przez odwołującego podstawę prawną oraz przytoczone okoliczności faktyczne.

Podsumowując, Izba stwierdziła, iż wskazane w zawiadomieniu z dnia 9 kwietnia 2020 r. okoliczności faktyczne dotyczące niewykonania przez odwołującego umowy na konserwację ogrodzenia w Pomiechówku są wystarczające do stwierdzenia, iż w stosunku do odwołującego zaistniała podstawa wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy

Pzp. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało złożone jako dowód w sprawie zarówno przez zamawiającego jak i odwołującego. W ramach zarzutów odwołania odwołujący nie kwestionował ani okoliczności złożenia przez zamawiającego ww. oświadczenia, ani faktu nieprzyjęcia terenu budowy i nieprzystąpienia do realizacji prac zawartych w umowie, lecz jedynie wskazywał na okoliczności świadczące w jego ocenie o tym, iż do niewykonania przedmiotu umowy doszło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. W powyższym zakresie to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu, czemu w żaden sposób nie sprostał. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp była prawidłowa.

Potwierdził się natomiast zarzut dotyczący niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Po pierwsze, oświadczenie złożone przez odwołującego na formularzu stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ dotyczyło braku podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania. Jak wynika z konsekwentnie podtrzymywanego stanowiska odwołującego wykonawca ten uważa, że nie zachodzą względem niego żadne podstawy wykluczenia go z postępowania, w tym podstawa wskazana w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący prezentuje odmienną od zamawiającego ocenę okoliczności dotyczących umów wskazanych przez zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 9 kwietnia 2020 r. Po drugie, ww. umowy zostały zawarte z tym samym zamawiającym, który powinien mieć pełną wiedzę co do okoliczności związanych z ich (nie)wykonaniem. W takich przypadkach na ogół (choć nie można tego całkowicie wykluczyć) nie zostaje spełniona przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Odwołujący nie sformułował zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, jak i żądania w tym zakresie, a wręcz w odwołaniu stwierdził, iż nie miał możliwości przeprowadzenia tzw. procedury samooczyszczenia z uwagi na pozostawanie w sporze z zamawiającym.

W zakresie zarzutów dotyczących treści kosztorysu Izba uznała, co następuje:

W odniesieniu do pozycji nr 19 potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W odniesieniu do ww. pozycji odwołujący przedstawił w treści odwołania wyjaśnienia wskazujące na sprzeczność postanowień SIWZ. Pozycja 19 kosztorysu obejmowała: Pokrycie dachów papą modyfikowaną SBS, grubości 4mm, na osnowie z tkaniny szklanej na podłożu drewnianym jednowarstwowo, mocowanej mechanicznej i zgrzewanej na zakładach - dach łukowy. Odwołujący wyjaśnił, iż zastosowanie papy modyfikowanej SBS wymaga użycia gazu płynnego propanowo - butanowego, jako elementu służącego do podgrzania papy. Papa SBS ma w sobie klej i do jej mocowania nie jest wymagany lepik asfaltowy jako rodzaj kleju. Zastosowanie lepiku asfaltowego byłoby możliwe, jeśli służyłoby

wykorzystaniu papy asfaltowej na tekturze izolacyjnej. Zatem albo stosowana jest papa SBS zgrzewana na złączach przy pomocy gazu propan butan albo papa tekturowa mocowana na lepik. Tymczasem zamawiający wskazał w pozycji 19 na pokrycie dachów papą modyfikowaną SBS, grubości 4mm, natomiast podpozycja materiał wskazywała na konieczność użycia papy asfaltowej na tekturze izolacyjnej (podpozycja 2) oraz użycia lepiku asfaltowego bez wypełniaczy na gorąco (podpozycja 3). Użycie materiałów wskazanych przez zamawiającego w podpozycjach 2 oraz 3 uniemożliwiłoby prawidłowe wykonanie pokrycia dachu w sposób opisany w pozycji 19 kosztorysu. Należy zgodzić się z zamawiającym, iż ww. nieprawidłowość winna być podnoszona przez odwołującego na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenia zamówienia, w tym poprzez wniesienia odwołania na treść postanowień SIWZ. Pozostawienie przez zamawiającego tego rodzaju wady treści SIWZ mającej wpływ na treść oferty nie oznacza jednak, iż wykonawca obowiązany jest do podporządkowania się sprzecznym ze sobą zapisom SIWZ (co też może okazać się niemożliwe). Zamawiający – przed podjęciem decyzji w przedmiocie oceny zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ w zakresie pozycji nr 19 kosztorysu powinien był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W treści odpowiedzi na odwołanie ani na rozprawie zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do ww. wyjaśnień odwołującego, co – mając na uwadze całokształt okoliczności dotyczących tej kwestii – Izba uznała za potwierdzenie stanowiska odwołującego. W tej sytuacji, przyjmując brak możliwości odmiennego sformułowania treści oferty, należało uznać, iż podstawa odrzucenia oferty wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie ziszcila się w odniesieniu do pozycji nr 19 kosztorysu.

Zarzuty odwołania w zakresie pozycji kosztorysu: nr 19, nr 81 i nr 84 - zmiany w zakresie nakładu robocizny oraz nr 161 – zmiana w zakresie nakładu sprzętu nie potwierdziły się. W ocenie Izby przesądzające znaczenie ma w tym zakresie jednoznaczne postanowienie zawarte w rozdziale XII punkt 6 SIWZ, zgodnie z którym brak wypełnienia i określenia wartości w którejkolwiek pozycji jak i wprowadzenie jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez zamawiającego skutkować będzie odrzuceniem oferty (z zastrzeżeniem zapisów art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). W powyższym postanowieniu SIWZ zamawiający wyraźnie wskazał, iż nie są dozwolone jakiegokolwiek zmiany w ilościach określonych przez niego w ślepych kosztorysie, w tym między innymi w zakresie nakładów robocizny jak i nakładów sprzętu. Dokonanie zmian w zakresie ww. ilości oznacza zatem niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków. W ocenie składu orzekającego Izby w ww. przypadkach mamy do czynienia z niewielkimi niezgodnościami, co do których istnieje konieczność rozważenia możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie podnosił jednak zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie

dokonania poprawienia ww. niezgodności z SIWZ jako omyłek, o których mowa w tym przepisie, jak i nie sformułował żądania w tym zakresie, a wręcz przeciwnie, w treści odwołania wskazał, iż sposób sporządzenia przez niego kosztorysu w zakresie ww. pozycji jest prawidłowy. W związku z powyższym, nawet w sytuacji, w której oferta odwołującego nie podlegałaby wyeliminowaniu z postępowania z innych przyczyn, Izba nie byłaby uprawniona do nakazania zamawiającemu dokonania poprawienia jako omyłek ww. niezgodności z SIWZ w przypadku ewentualnego stwierdzenia podstawy do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do argumentacji zawartej w odwołaniu w zakresie ww. pozycji kosztorysu należy dodatkowo wskazać, co następuje:

- W zakresie pozycji nr 81: podanie w przedmiarze jako podstawy kosztorysowania „kalkulacji własnej” nie oznacza, iż wykonawca składający ofertę w postępowaniu uprawniony był do samodzielnego ustalenia nakładu robocizny, lecz że kosztorysant sporządzający przedmiar na zlecenie zamawiającego odwoływał się w tym przypadku – wobec braku właściwej normy – do kalkulacji własnej.
- W zakresie pozycji nr 84: należy wskazać, iż odwołujący powinien był kwestionować błędne ustalenie nakładu robocizny na wcześniejszym etapie postępowania, poprzez złożenie zapytania do SIWZ lub odwołania.
- W odniesieniu do pozycji nr 161: Izba uznała, że po pierwsze, odwołujący nie udowodnił wskazywanej przez siebie prawidłowej (zsumowanej) wartości nakładu sprzętu. Po drugie, odwołujący sugeruje, że rozbieżność może wynikać ze sposobu dokonywania zaokrągleń czasu pracy dla każdej z pozycji. Jednakże w sytuacji, w której program którym posłużył się odwołujący dokonuje zaokrągleń czasu pracy w odmienny sposób niż program użyty przez zamawiającego, odwołujący – wobec treści postanowienia zawartego w rozdziale XII punkt 6 SIWZ, obowiązany był dostosować się do ilości maszynogodzin podanych przez zamawiającego.

Izba uznała, iż potwierdził się zarzut zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnień treści oferty w zakresie pozycji nr 94 (wykonanie dylatacji) oraz pozycji nr 90 zestawienia materiałów (woda). Nie mamy tu do czynienia z sytuacją braku wypełnienia i określenia wartości w pozycji kosztorysu, o czym mowa w ww. postanowieniu rozdziału XII punkt 6 SIWZ, gdyż w pozycji tej odwołujący podał wartość 0,00 zł (pozycja została wypełniona jak i określona została wartość: 0,00 zł). W tej sytuacji zamawiający był uprawniony jak i zobowiązany wezwać wykonawcę na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty w celu ustalenia czy ww. zakres przedmiotu zamówienia został objęty ofertą odwołującego. Uznanie przez zamawiającego, iż w powyższym zakresie zaistniała niezgodność treści oferty z treścią SIWZ,

bez wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, było działaniem nieprawidłowym.

Podsumowując, należy stwierdzić, iż uznanie za niezasadne części zarzutów, zarówno odnoszących się do czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, jak i czynności odrzucenia jego oferty, oznacza, iż oferta odwołującego nie podlega przywróceniu do postępowania. Stwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w związku z uznaniem za zasadne pozostałych zarzutów odwołania nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym, mając na uwadze regulację art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: