

Sygn. akt: KIO 665/22

WYROK

z dnia 28 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący Renata Tubisz

Członkowie:

Justyna Tomkowska

Agnieszka Trojanowska

Protokolant:

Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2022 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2022r. przez odwołującego: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. 02-326 Warszawa Al. Jerozolimskie 155/U3 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Wałbrzych Plac Magistracki 1 58-300 Wałbrzych

przy udziale przystępującego A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: A. D. „ENEPROJEKT” ul. Unii Lubelskiej 3, 61-249 Poznań po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazując zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Wałbrzych Plac Magistracki 158-300 Wałbrzych

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (sł.: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez odwołującego BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. K. 02-326 Warszawa Al. Jerozolimskie

155/U3 tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od zamawiającego Gmina Wałbrzych Plac Magistracki 1 58-300 Wałbrzych na rzecz odwołującego BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. 02-326 Warszawa, Al. Jerozolimskie 155/U3 kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

Uzasadnienie

Postępowanie odwoławcze dotyczy postępowania prowadzonego przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Wykonanie dokumentacji projektowej dla sześciu budynków mieszkalnych zlokalizowanych w Wałbrzychu (Nr ogł. DUUE: 2021/S246-650381)

Na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.2019 z późn. zm.; dalej jako: "ustawa Pzp" lub „Pzp”) odwołujący złożył odwołanie od czynności zamawiającego:

1) polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. D. "ENEPROJEKT" z siedzibą w Poznaniu, w sytuacji gdy to oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza;

2) polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z przyjęciem, że odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od tych umów, zasądzenia odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, a w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp;

3) czynności polegającej na uznaniu, że przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia w zakresie działań podjętych w ramach samooczyszczenia nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Odwołujący złożonym odwołaniem podnosi wskazane naruszenia przepisów ustawy Pzp, które spowodowały nieuprawnione odrzucenie jego oferty i wybór oferty, która nie jest najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego.

W zaistniałych okolicznościach odwołujący sformułował następująco zarzuty odwołania:

1) naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania w związku z niezasadnym przyjęciem, że odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo

długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od tych umów, zasądzenia odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, a w konsekwencji uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp,

2) naruszenia art. 110 ust. 3 ustawy Pzp przez uznanie, że przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia w zakresie działań podjętych w ramach samooczyszczenia są nie wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Tak sformułowane zarzuty odwołania stanowiły podstawę do przedstawienia następujących żądań przez odwołującego:

- 1) uwzględnienia odwołania w całości i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazania zamawiającemu przystąpienia do ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) zasądzenie kosztów od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Pismem z dnia 11.03.2022r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany A. D. ENEPROJEKT z siedzibą w Poznaniu, wobec którego przystąpienia nie zgłoszono opozycji w trybie art.526 ustawy Pzp. Izba uwzględniając regulację art.525 i 526 ustawy Pzp. postanowiła dopuścić wykonawcę wybranego do postępowania po stronie zamawiającego, uznając skuteczność przystąpienia oraz brak zgłoszenia opozycji przez strony postępowania odwoławczego (pismo przystępującego - przystąpienie z dnia 11.03.2022r. - w aktach sprawy).

Izba nie stwierdziła okoliczności do odrzucenia odwołania wynikających z regulacji zawartych w art.528 ustawy Pzp. (odwołując otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 28 lutego 2022 r. Termin na złożenie odwołania upływał w dniu 10 marca 2022 r., a więc należy uznać, że odwołujący składając odwołanie w dniu 9 marca 2022r. dochował 10 dniowego terminu na wniesienie odwołania - pismo zamawiającego z dnia 28 lutego 2022 r. — w aktach sprawy).

Izba uznała za wykazany przez odwołującego interes odwołującego w złożeniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp jako wykonawcy, którego oferta znalazła się na pierwszym miejscu w rankingu ofert pod względem kryteriów oceny ofert, a zatem odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (informacja zamawiającego z dnia 28.02.2022r. o wyborze oferty - w aktach sprawy).

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie (protokół z rozprawy - w aktach sprawy), z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy, w związku z przywołanymi w poczet materiału dowodowego dokumentami z dokumentacji postępowania przetargowego prowadzonej przez zamawiającego oraz na podstawie analizy tejże dokumentacji w zestawieniu z argumentacją stron oraz uczestnika, a także przedstawionych przez strony, w szczególności odwołującego wcześniejszych umów w zamówieniach publicznych, korespondencji prowadzonej z zamawiającymi w związku z tymi umowami, odstąpienia od umów i odpowiedzi na nie odwołującego oraz not księgowych w tym odesłanych zamawiającym jak i pozwów złożonych przez odwołującego przeciwko zamawiającym w związku z wcześniejszymi umowami wiążącymi z tymi zamawiającymi oraz wynikami procedury wyjaśniającej prowadzonej przez zamawiającego, Izba uwzględniła odwołanie, uznając zarzuty i żądania odwołania za zasadne i stwierdzając naruszenie przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, jako mające wpływ na wynik postępowania.

Tym samym Izba co do zasady podzieliła argumentację formalną i prawną odwołującego, zawartą w odwołaniu, jak i prezentowaną na rozprawie, która to argumentacja przesądziła o uwzględnieniu odwołania i Izba uznaje ją niejako za własną.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy

Zamawiający w niniejszym prowadzonym przez niego postępowaniu na Wykonanie dokumentacji projektowej dla sześciu budynków mieszkalnych zlokalizowanych w Wałbrzychu wskazał w pkt VII Specyfikacji Warunków Zamówienia (swz) regulującym podstawy wykluczenia z postępowania, że „wyklucza się Wykonawców, w stosunku do których zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 108 ust. 1 oraz w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a — b i pkt 3, pkt 5, pkt 7- 8 ustawy Pzp.” (swz — w aktach sprawy).

Tak więc przesłanki wykluczenia na podstawie art.109 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp stały się wiążącymi przesłankami w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i których zamawiający stwierdził spełnienie, w związku z ofertą złożoną przed odwołującego.

Zamawiający dokonując odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.a Pzp (Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania) w związku z naruszeniem przez odwołującego art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp skutkującym wykluczeniem odwołującego z postępowania, był zobowiązany do ustalenia, że odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od tych umów, zasądzenia odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Izba dokonując badania zasadności wykluczenia z postępowania odwołującego a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, w związku z wniesionym przez niego odwołaniem, zbadała i oceniła stan faktyczny i prawny dokonanej czynności zamawiającego, pod kątem spełnienia przesłanek prawnych w ustalonym stanie faktycznym umów zawartych z zamawiającymi, które zostały wypowiedziane lub od których odstąpiono oraz konsekwencji formalno-prawnych (zasądzenia odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady) z tym związanych, mając na uwadze wiążącą treść art.109 ust.1 pkt 7 Pzp, co do wymogu spełnienia opisanych w niej przesłanek.

Odwołujący do oferty dołączył pismo informujące o tym, że wcześniej realizował zamówienia, które zostały „zakończone przed czasem”, co może stanowić przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący składając ofertę, poinformował zamawiającego o następujących umowach, realizowanych w ramach zadań na podstawie ustawy Pzp, które rozwiązano (odstąpienie lub wypowiedzenie umów) przed ich wykonaniem, których wykonawcą lub konsorcjantem był odwołujący.

1) Umowa dotycząca wykonania projektów oraz pełnienia obowiązków zastępstwa inwestycyjnego nad projektowaniem oraz pełnieniem nadzoru inwestorskiego nad przygotowaniem i realizacją inwestycji polegającej na modernizacji budynków mieszkalnych wielorodzinnych gdzie zamawiającym było Miasto Stołeczne Warszawa, dalej projekt Praga Północ,

2) Umowa dotycząca wykonania kompleksowej dokumentacji projektowo - kosztorysowej remontu kapitalnego zespołu budynków z częściową zmianą sposobu użytkowania lokali i pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót wykonywanych na podstawie wykonanej dokumentacji gdzie zamawiającym było Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o., dalej projekt Praga Południe,

3) Umowa dotycząca opracowania dokumentacji projektowo - kosztorysowej na budowę „Centrum Innowacji Wydziału Cybernetyki” Zamawiający: Wojskowa Akademia Techniczna,

4) Umowa dotycząca pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego w ramach realizacji inwestycji pn. „Nadbudowa budynku Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej”, dalej projekt Lublin.

Odwołujący w załączonym do oferty piśmie, „Niezależnie od oceny skuteczności i zasadności oświadczeń o odstąpieniu, poinformował o podjęciu szeregu działań, mających

na celu umacnianie kompetencji personelu w zakresie ścisłego monitorowania realizowanych projektów, ze szczególnym naciskiem na zamówienia dotyczące opracowania dokumentacji projektowej, w celu uniknięcia podobnych sytuacji w przyszłości. W tym zakresie uściślono zakresy obowiązków pracowników i współpracowników BBC, jak też wzmożono nadzór i kontrolę nad realizowanymi zadaniami, zarówno przez bezpośrednich przełożonych, którzy na bieżąco raportują zarządowi postępy prac oraz sytuację na każdym z projektów, jak też bezpośrednio przez sam zarząd BBC. Pracownicy i współpracownicy BBC odbywają także systematyczne szkolenia w zakresie powierzonych im obowiązków, celem poszerzenia ich wiedzy oraz doświadczenia, co w sposób pozytywny przekłada się na realizowane projekty,

Zarząd BBC pouczył pracowników odpowiedzialnych za składanie ofert realizacji zamówień publicznych w zakresie doboru i weryfikacji konsorcjantów, współpracowników oraz podwykonawców, w tym wdrożono zasadę obiegu informacji o ewentualnych trudnościach we współpracy z poszczególnymi konsorcjantami, współpracownikami lub podwykonawcami. Zobligowano pracowników do niezwłocznego przekazywania zarządowi BBC informacji o przypadkach nieprawidłowej współpracy ze strony konsorcjantów, współpracowników lub podwykonawców w ramach poszczególnych projektów. W przypadku wykrycia podejrzenia wystąpienia jakichkolwiek nieprawidłowości, zarząd BBC niezwłocznie podejmuje wszelkie niezbędne działania, tak aby takie zdarzenia nie wpłynęły w sposób negatywny na realizację projektów.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że z uwagi na okoliczności faktyczne i prawne opisane powyżej, a także ze względu na podjęte przez BBC środki zaradcze na przyszłość, odosobnione przypadki wcześniejszego rozwiązania umów (których skuteczność jest kwestionowana przez BBC) nie wpłyną na rzetelność BBC w zakresie realizacji niniejszego zamówienia.

Specyfika projektów dotyczących opracowania dokumentacji prowadzi do sytuacji, w których często pojawiają się okoliczności niezależne od projektanta, znacznie wpływające na możliwość terminowej realizacji umowy. Mowa tu przede wszystkim o odpowiednich uzgodnieniach z podmiotami trzecimi, uzyskiwaniu zgód na wejście w teren nieruchomości innych osób, przedłużających się procedurach administracyjnych. Niejednokrotnie całością ryzyka w tym zakresie zostaje obciążony projektant, który bez sprawnego współdziałania zamawiającego, nie jest w stanie zrealizować umowy w terminie". (Nota informacyjna dołączona do oferty odwołującego/BBC — w aktach sprawy).

1. Zamawiający zastosował procedurę wyjaśnienia i w dniu 10 lutego 2022 r. wezwał odwołującego do złożenia informacji w zakresie zakończonych przed czasem umów. Odwołujący udzielił wyjaśnień w określonym przez zamawiającego terminie.
2. Zamawiający w dniu 28 lutego 2022 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.a ustawy Pzp.

Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie wykluczenia odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty:

„Wykonawca w formularzu JEDZ w punkcie dotyczącym rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje oświadczył, że nie znajdował się sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową.

Jednocześnie Wykonawca wraz z ofertą złożył informację o sytuacjach spornych, w których wyjaśnił swoją decyzję w zakresie zaznaczenia, że nie podlega wykluczeniu. Na podstawie informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych przez Wykonawcę w trybie self cleaning, Zamawiający zwrócił się do innych Zamawiających o udzielenie informacji w celu oceny braku podstaw wykluczenia BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Wałbrzych”.

Podsumowując opisane powyżej zdarzenia Izba ustaliła, że odwołujący składając ofertę i JEDZ (Jednolity Europejski Dokument Zamówienia) nie wypełnił odpowiedniej rubryki w JEDZ potwierdzającej, że z odwołującym rozwiązano umowę przed czasem, czy też wyegzekwowano odszkodowania lub inne sankcje związane z wypowiedzeniem, czy też

odstąpieniem od umowy przed czasem. Niemniej do oferty odwołujący załączył informację o sytuacjach spornych oraz o wprowadzeniu regulacji przepływu informacji u odwołującego mających na celu, uniknięcie w przyszłości spornych sytuacji z zamawiającymi w związku z nieterminowym wykonywaniem obowiązków umownych. Uzyskane wyjaśnienia od odwołującego oraz informacje od zamawiających na rzecz, których odwołujący wykonywał umowy oraz ich ocena przez zamawiającego, stanowiły podstawę do wykluczenia odwołującego z niniejszego postępowania na podstawie art.109 ust.1 pkt 7 Pzp i odrzucenia jego oferty na podstawie art.226 ust.1 pkt 2 lit.a Pzp.

Zamawiający wyniki dokonanych ustaleń przedstawił w piśmie z dnia 28 lutego 2022r. stanowiącego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego, jak poniżej.

„Zamawiający w wyniku dokonanej analizy informacji złożonych na wezwanie przez samego odwołującego jak i zamawiających stwierdził, że problemy z realizacją umów zawartych przez odwołującego samodzielnie bądź jako członek konsorcjum występowały już umowach zawartych od 2016 roku. W umowie zawartej z Wojskowym Szpitalem Klinicznym z Polikliniką SPZOZ w Lublinie Al. Raclawickie 22, 20-049 Lublin Wykonawca nie podjął czynności dla prawidłowego i terminowego wykonania zobowiązań wynikających z treści zawartej umowy, związku z czym umowa z 11 marca 2021 roku została rozwiązana z winy leżącej po stronie Wykonawcy.

W umowie zawartej z PZLPiT „Mazowsze” im. Tadeusza Sygietyńskiego ul. Świerkowa 2, 05-805 Otrębusy, Wykonawca został obciążony w marcu 2021 r, karą umowną z tytułu opóźnień w realizacji umowy.

Natomiast w umowie zawartej z Zakładem Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga - Północ m.st. Warszawy, ul. Jagiellońska 23, 03-719 Warszawa, naliczona została Wykonawcy „kara umowna za porzucenie wykonywania umowy w trakcie nadzorów inwestorskich oraz odmowę powrotu do wykonywania umowy bez zapłaty dodatkowego wynagrodzenia nie mającego podstaw w umowie”.

Również Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o.. ul. Mińska 52/54, 03-828 Warszawa, w dniu 15 października 2019 roku w całości odstąpiło od umowy z winy Wykonawcy oraz naliczyło Wykonawcy karę umowną za zwłokę w wykonaniu umowy, za nieuzasadnioną nieobecność właściwych przedstawicieli projektanta na spotkaniach dotyczących konsultacji oraz za odstąpienie od umowy.

Przytoczone przykłady jednoznacznie wskazują, że wcześniejsze rozwiązania lub odstąpienia przez Zamawiających od zawartych umów oraz naliczane kary umowne nie są sytuacjami odosobnionymi, incydentalnymi.

Na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający ocenił, że podjęte przez Wykonawcę środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, takie jak: pouczenie pracowników odpowiedzialnych za składanie ofert oraz wprowadzenie nowych zasad obiegu informacji o ewentualnych trudnościach we współpracy z poszczególnymi konsorcjantami, współpracownikami lub podwykonawcami, są niewystarczające do wykazania rzetelności Wykonawcy”. (Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 28 lutego 2022 r. — w aktach sprawy)”.

Z powyższej informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego wynika, że dokonane przez zamawiającego ustalenia upoważniają do odrzucenia oferty odwołującego, w związku ze spełnieniem ustawowych przesłanek, zawartych w art.109 ust.1 pkt 7 Pzp, przy wykonywaniu wcześniejszych umów o udzielenie zamówień publicznych przez odwołującego. Zamawiający jako potwierdzenie spełnienia przesłanek ustawowych z art.109 ust.1 pkt 7 Pzp, uznał następujące okoliczności, na rzecz poszczególnych zamawiających:

1) Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SPZOZ w Lublinie Al. Raclawickie 22, 20-049 Lublin (odwołujący nie podjął czynności dla prawidłowego i terminowego wykonania zobowiązań wynikających z treści zawartej umowy, związku z czym umowa z 11 marca 2021 roku została rozwiązana z winy leżącej po stronie Wykonawcy),

2) PZLPiT „Mazowsze” im. Tadeusza Sygietyńskiego ul. Świerkowa 2, 05-805 Otrębusy (odwołujący został obciążony w marcu 2021 r, karą umowną z tytułu opóźnień w realizacji umowy),

3) Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga - Północ m.st. Warszawy, ul. Jagiellońska 23, 03-719 Warszawa (odwołującego obciążono karą umowną za porzucenie wykonywania umowy w trakcie nadzorów inwestorskich oraz odmowę powrotu do wykonywania umowy bez zapłaty dodatkowego wynagrodzenia nie mającego podstaw w umowie),

4) Towarzystwa Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o. ul. Mińska 52/54, 03-828 Warszawa, w dniu 15 października 2019 roku (zamawiający dnia 15 października 2019 roku w całości odstąpił od umowy z winy odwołującego oraz naliczył odwołującemu karę umowną za zwłokę w wykonaniu umowy, za nieuzasadnioną nieobecność właściwych przedstawicieli projektanta na spotkaniach dotyczących konsultacji oraz za odstąpienie od umowy).

3. Na podstawie wyjaśnień i dowodów w sprawie, złożonych przez odwołującego jak i zamawiającego, do poszczególnych umów, które stanowiły podstawę do wykluczenia odwołującego, a w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego, Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

a) "Projekt Praga Północ"

Izba ustaliła i zważyła

Przeprowadzone przez Izbę, na rozprawie postępowanie wyjaśniające i dowodowe w sprawie, potwierdziło wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne, tak jak poniżej.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał, że podstawą podjętej decyzji jest fakt naliczenia przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga Północ m. st. Warszawy (w ramach umowy pn. „Wykonanie projektów oraz pełnienie obowiązków zastępstwa inwestycyjnego nad projektowaniem oraz pełnieniem nadzoru inwestorskiego nad przygotowaniem i realizacją inwestycji polegającej na modernizacji budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Siedleckiej 25 i ul. Siedleckiej 29 — w Dzielnicy Praga Północ m. st. Warszawy), kary

umownej Konsorcjum, którego Liderem był „SAFEGE” (SAFEGE SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEE spółka akcyjna uproszczona Oddział w Polsce) a partnerem był odwołujący.

Jak ustalono przedmiotem umowy, w której naliczono kary umowne były obowiązki sporządzenia dokumentacji technicznej oraz pełnienia funkcji zastępstwa inwestycyjnego nad realizacją zadania modernizacji budynków mieszkalnych wielorodzinnych.

Na podstawie zawartej umowy z inwestorem Zakładem Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy, naliczona została Wykonawcy kara umowna za porzucenie wykonywania umowy w trakcie nadzorów inwestorskich oraz odmowę powrotu do wykonywania umowy bez zapłaty dodatkowego wynagrodzenia, według inwestora nie mającego podstaw prawnych w umowie. Przy czym kara umowna została naliczona za brak nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji, a nie z tytułu sporządzenia dokumentacji technicznej do tej inwestycji.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wykluczył jego z postępowania, nie za zakres zamówienia do którego odwołujący był zobowiązany jako realizujący obowiązki sporządzenia dokumentacji technicznej w ramach konsorcjum, ale za fakt naliczenia kary umownej za porzucenie wykonywania nadzorów inwestorskich nad realizacją zamówienia za co odpowiadał Lider SAFEGE. Bowiem zgodnie z art. 6 Porozumienia realizacyjnego z dnia 12 października 2016 r. do Umowy Konsorcjum z dnia 08.09.2016r., tym Porozumieniem ustalono podział obowiązków pomiędzy konsorcjantami w zadaniu Modernizacja budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Siedleckiej 25 i ul. Siedleckiej 29 — w Dzielnicy Praga Północ m. st. Warszawy (umowa Konsorcjum z dnia 08.09.2016r. i Porozumienie Realizacyjne z dnia 12.10.2016r. - w aktach sprawy). Spór pomiędzy Zamawiającym Zakładem Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy a SAFEGE jako liderem konsorcjum, w którym odwołujący był partnerem, powstał w związku z odmową kontynuacji świadczenia usługi nadzoru inwestorskiego, po wygaśnięciu umowy, bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia, ale dotyczyło to przydzielonych zadań dla Lidera-SAFEGE, a nie dla odwołującego, według art.6 Porozumienia Realizacyjnego.

Jak ustalono kara umowna nie została naliczona za działanie/zaniechanie działania, do którego był zobowiązany odwołujący, tylko za działanie/zaniechanie działania, do którego był zobowiązany konsorcjant odwołującego, pełniący funkcję Lidera - SAFEGE. Poza tym kara umowna została naliczona po okresie obowiązywania umowy (kiedy stosunek zobowiązaniowy zamówienia wygaś). Umowa była wykonywana w części przez odwołującego to jest w zakresie opracowania dokumentacji technicznej, a w pozostałej części przez SAFEGE pełniącego funkcję Lidera, który wykonywał funkcję nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi. Tak więc każdy z konsorcjantów był odpowiedzialny za inną część przedmiotu zamówienia: Odwołujący — za wykonanie dokumentacji technicznej a SAFEGE — za świadczenie usługi nadzoru inwestorskiego (Porozumienie realizacyjne do umowy konsorcjum z dnia 12 października 2016 r. zawartej między Odwołującym a SAFEGE - art.6 - przywołane powyżej). Zgodnie z jego treścią po stronie partnera - odwołującego był obowiązek sporządzenia pełnej dokumentacji technicznej to jest: dokumentacji projektowej dla wszystkich branż (projekt budowlany i wykonawczy), opracowanie kosztorysów inwestorskich szczegółowych i przedmiarowych, opracowanie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, opracowanie informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia.

(„Udziały i wynagrodzenie

1. Partnerzy uzgodnili samodzielną realizację Usługi zgodnie z podziałem pomiędzy Stronami na poszczególne zadania:

A. Dla Partnera: Zadanie 1 - Wykonanie projektów i pełnienie nadzoru autorskiego modernizacji budynków mieszkalnych przy ul. Siedleckiej 25 i 29.

Do podstawowych obowiązków Partnera należy:

1) opracowanie dokumentacji projektowej dla wszystkich branż (projekt budowlany i wykonawczy) w tym wykonanie projektów instalacji teleinformatycznych (tj. instalacji telefonicznej, instalacji sieci komputerowej) jako oddzielne dokumenty z zaznaczeniem

istniejącej dotychczas Infrastruktury teleinformatycznej (jeśli występuje oraz naniesieniem nowo projektowanych elementów sieci na planie obiektu zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004r. (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1129) oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych wraz z kosztorysami inwestorskimi opracowanymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz.U. z 2004, Nr 130 poz. 1389 z późn.zm.) oraz zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego z dnia 25 kwietnia 2012 r. (Dz.U. 2012 poz. 462 z późn.zm.);

2) opracowanie kosztorysów inwestorskich szczegółowych i przedmiarowych dla wszystkich branż zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. (Dz. U. 2004, Nr 130 poz. 1389 z późn.zm.) niezbędnych do przeprowadzenia procedury zamówienia publicznego zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.)

3) opracowanie specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych dla wszystkich branż zgodnie z rozporządzeniem Ministra infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. (tj. Dz. U. z 2013r. poz. 1129, z późn.zm.),niezbędnych do przeprowadzenia procedury zamówienia publicznego zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.);

4) opracowanie informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. 2016 poz. 290 ze zm.)” - Porozumienie realizacyjne do umowy konsorcjum z dnia 12 października 2016 r. zawartej między

Odwołującym a SAFEGE (wyciąg) — w aktach sprawy”.

Zamawiający Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy odebrał dokumentację od odwołującego bez zastrzeżeń. Na etapie prac projektowych nie została też naliczona żadna kara umowna, jak i Zamawiający, nie formułował zastrzeżeń co do sposobu realizacji prac przez Konsorcjum (SAFEGE i Odwołujący). Odwołujący otrzymał pełne wynagrodzenie z tytułu wykonanej dokumentacji technicznej.

Natomiast na etapie realizacji usługi nadzoru inwestorskiego przez SAFEGE, to jest po sporządzeniu pełnej dokumentacji technicznej przez odwołującego i dokonanej zapłacie przez zamawiającego, upłynął okres obowiązywania umowy i SAFEGE poinformował Zamawiającego, że kończy świadczenie usług. Na tym tle pomiędzy Liderem SAFEGE i Zamawiającym powstał spór, ponieważ Zamawiający uważał, że SAFEGE ma obowiązek nadal świadczenia usług i ostatecznie Zamawiający złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy z przyczyn dotyczących SAFEGE, co nastąpiło po wygaśnięciu umowy. Powyższe okoliczności miały też miejsce po wykonaniu prac, do których był zobowiązany Odwołujący na podstawie porozumienia konsorcjalnego z dnia 12.10.2016 roku. Zakres wykonanych czynności przez odwołującego został przez inwestora (Zamawiającego), jak i firmę SAFEGE (lider konsorcjum), oceniony pozytywnie, dokonano zapłaty na rzecz odwołującego oraz nie naliczono za prace wykonane przez odwołującego kar umownych.

Podsumowując według oświadczenia odwołującego, SAFEGE nie uznała naliczonej kary umownej przez zamawiającego, a Zamawiający na dzień złożenia niniejszego odwołania nie wykazał zasadności naliczenia kary umownej. Konflikt pomiędzy SAFEGE a Inwestorem powstał w momencie odmowy SAFEGE do świadczenia usługi po wskazanej w umowie dacie jako termin jej zakończenia. Kara umowna została naliczona za niewykonanie prac, które nie leżały w zakresie obowiązków odwołującego w ramach podziału zadań między konsorcjantami, zatem to nie uchybienie po stronie odwołującego stanowiło podstawę do jej naliczenia.

Co do tak ustalonego stanu faktycznego sprawy, na podstawie złożonych w poczet materiału dowodowego dokumentów przez odwołującego (umowa konsorcjum z dnia 08.09.2016r., porozumienie realizacyjne z dnia 12.10.2016r., referencje dla odwołującego z dnia 08.01.2018r. wystawione przez Lidera SAFEGE w związku z dokumentacją wielobranżową projektu budowlanego i wykonawczego oraz ekspertyzy stanu technicznego budynków przy ul. Siedleckiej 25 i ul. Siedleckiej 29 - w aktach sprawy), zamawiający nie wniósł zastrzeżeń w toku postępowania odwoławczego. W związku z tym Izba przyjęła jako okoliczność bezspornie ustaloną, że odwołujący wykonał należycie i w terminie obowiązki jako członek konsorcjum opisane w art. 6 Porozumienia realizacyjnego konsorcjum bez zastrzeżeń.

Niemniej w związku z wniesioną przez zamawiającego odpowiedzią na odwołanie - pismo z dnia 24.03.2022r. - w aktach sprawy - zamawiający dokonał oceny skutków prawnych wykonania umowy w ramach konsorcjum SAFEGE z odwołującym. Zamawiający uczynił to w oderwaniu od podziału zadań wynikających z Porozumienia realizacyjnego konsorcjum, jak i ustalonej Porozumieniem odpowiedzialności konsorcjantów w ramach przydzielonych zadań. Zamawiający powołując się na art.366 k.c. w związku z art.445 ustawy Pzp stwierdził, „że mamy do czynienia z solidarnością dłużników o której mowa w art.366k.c.(wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych)”.

Według Izby w pierwszej kolejności należy potwierdzić, że podstawie art.366 § 1 k.c. kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników). Charakter tego przepisu to klasyczna solidarność bierna. Przy czym wierzyciel posiada uprawnienie do wyboru dłużnika, od którego może żądać spełnienia świadczenia w całości lub w części. W myśl art. 445 ust.1 Pzp wykonawcy, o których mowa w art.58 ust.1Pzp (Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia - art.58 ust.1Pzp), ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Solidarna odpowiedzialność wynikająca z art.445 Pzp stanowi wypełnienie art.369 k.c. zgodnie z którym zobowiązanie jest solidarne, jeżeli wynika z ustawy lub czynności prawnej, a w przedmiotowym wypadku wynika z ustawy Pzp. Przy czym obowiązujące, na podstawie art.8 ust.1 Pzp, przepisy kodeksu cywilnego do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, mają zastosowanie w niniejszej sprawie. Tym bardziej należy mieć na uwadze art.371 k.c. zgodnie z którym działania i zaniechania jednego z dłużników nie mogą szkodzić współdłużnikom. Powyższe oznacza, że konsekwencją zachowania się jednego z dłużników solidarnych szkodzącego współdłużnikom jest to, że wywołuje ono skutek wyłącznie wobec tego dłużnika, który się tak zachował, natomiast nie ma ono wpływu na położenie pozostałych dłużników. Kwintesencję

solidarnej odpowiedzialności przewiduje regulacja art.376 § 1 k.c. zgodnie z którą jeżeli jeden z dłużników solidarnych spełni świadczenie, treść istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od współdłużników. Jeżeli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik, który spełni świadczenie, może żądać zwrotu w częściach równych.

Z tej zasadniczej regulacji kodeksu cywilnego dotyczącej zasad solidarnej odpowiedzialności dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art.58 ust.1 i art.445 Pzp w zw. z art.8 ust.1 Pzp) wynika, że wybór od kogo w przypadku konsorcjum, dochodzone jest odszkodowanie, kara umowna czy też spełnienie świadczenia lub inne roszczenia, należy do zamawiającego (wierzyciela). W zaistniałej sytuacji według dokonanych ustaleń, karą umowną został obciążony SAFEGE (Lider Konsorcjum), a nie odwołujący (Członek Konsorcjum). Co prawda zamawiający mógłby dochodzić kwot wynikających z nałożonej kary umownej na SAFEGE od odwołującego, ale odwołującemu przysługiwałoby prawo regresu po zaspokojeniu wierzyciela (zamawiającego). Poza tym obciążenie karą odwołującego z tytułu solidarnej odpowiedzialności nie przesądza o zasadności wykluczenia z postępowania odwołującego na podstawie art. 109 ust.1 pkt 7) PZP, ponieważ sam fakt zapłaty w ramach solidarnej odpowiedzialności, a co nie miało miejsca w sprawie, nie przesądza o odpowiedzialności za zaistniałe fakty powodujące odpowiedzialność z tytułu kar umownych. Zresztą konsorcjanci SAFEGE (Lider) i odwołujący (członek) zagadnienie odpowiedzialności szczegółowo uregulowali w Porozumieniu Realizacyjnym z dnia 12.10.2016r. w art.7 „Odpowiedzialność członków konsorcjum” według reguł odpowiadających regułom kodeksu cywilnego. W szczególności należy przywołać ust.1 art.7 o treści "1. Zgodnie z prawem polskim, w związku z postanowieniami Umowy Głównej,

Partnerzy będą odpowiedzialni solidarnie wobec Zamawiającego za jej realizację oraz za ewentualne szkody wyrządzone Zamawiającemu z winy Konsorcjum, w tym któregośkolwiek Konsorcjanta, w częściach przypadających na Partnera. W szczególności należy również przywołać ust.10 art.7 zgodnie z którym „10. Jeżeli którakolwiek ze Stron wykona zobowiązanie lub jego część wobec Zamawiającego za inną Stronę, Strona, która wykonała takie zobowiązanie lub jego część ma prawo do odpowiedniej części wynagrodzenia za należyte wykonanie za tę Stronę zobowiązanie lub jego część.(...).Powyższe nie uchybia prawu Strony, która wykonała zobowiązanie lub jego część za inną stronę w warunkach określonych powyżej, żądania zapłaty odszkodowania na zasadach ogólnych". Postanowienia Porozumienia Realizacyjnego zawarte w jego art.7 pn. Odpowiedzialność członków Konsorcjum, stanowią precyzyjne i wyczerpujące regulacje odpowiedzialności Konsorcjantów wobec zamawiającego w tym odpowiedzialności z tytułu in solidum.

Izba zważyła, że opisane powyżej okoliczności wykonania obowiązków przez odwołującego na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga - Północ m.st. Warszawy, ul. Jagiellońska 23, 03-719 Warszawa i naliczone z tego tytułu kary umowne za porzucenie wykonywania umowy w trakcie nadzorów inwestorskich oraz odmowę powrotu do wykonywania umowy bez zapłaty dodatkowego wynagrodzenia nie spełniają przesłanek opisanych w art.109 ust.1 pkt 7 Pzp. Na marginesie należy wskazać, że kara umowna została naliczona w dniu 12 lutego 2019 r., a wykluczenie odwołującego nastąpiło w dniu 28 lutego 2022 r. W świetle powyższego na dzień podejmowania przez zamawiającego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania, przesłanka wykluczenia uległa trzy letniemu przedawnieniu. Przepis art. 111 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że: "Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia." Decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania została podjęta w sposób formalistyczny, a nie merytoryczny. Zamawiający nie dokonał analizy szeregu istotnych w sprawie okoliczności, a co ustaliła powyżej Izba na podstawie dowodów przeprowadzonych na rozprawie. Zamawiający przede wszystkim nie ustalił czy naliczenie kary umownej nastąpiło "z przyczyn leżących po stronie wykonawcy" ograniczając się do stwierdzenia faktu naliczenia kary umownej obciążającej Konsorcjum, nie uwzględniając podziału zadań pomiędzy konsorcjantów w ramach konsorcjum, zwłaszcza porozumienia realizacyjnego. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odniósł się tylko do kwestii związanej z faktem naliczeniem kary umownej nie wykazując, czy kara umowna była związana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem istotnego zobowiązania umownego oraz czy odwołujący ponosi za to winę.

W tym stanie rzeczy Izba zarzut odwołania w powyższym zakresie uwzględniła, ponieważ decyzja zamawiającego z dnia 28 lutego 2022 o odrzuceniu oferty o treści „podstawą podjętej decyzji jest fakt naliczenia kary umownej przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga Północ m. st. Warszawy w ramach umowy pn. „Wykonanie projektów oraz pełnieniu obowiązków zastępstwa inwestycyjnego nad projektowaniem oraz pełnieniem nadzoru inwestorskiego nad przygotowaniem i realizacją inwestycji polegającej na modernizacji budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Siedleckiej 25 i ul. Siedleckiej 29 — w Dzielnicy Praga Północ m. st. Warszawy Dzielnicę

Praga — Północ m.st. Warszawy", nie potwierdziła wymaganych do tej czynności przesłanek opisanych w art.109 ust.1 pkt 7 Pzp. w toku postępowania odwoławczego.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, które nie miało wpływu na rozstrzygnięcie odwołania, co do:

„Odwołujący podnosi w pierwszej kolejności, że Zamawiający odnosi się do naliczonej kary umownej, natomiast dyspozycja przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskazuje, że przesłanka ulega materializacji, jeśli w sprawie wykonawca został zobowiązany do zapłaty odszkodowania. Wskazać należy, że Zamawiający jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z postępowania zastosował brzmienie pytania zawartego w Jednolitym Dokumencie, a nie przepisy ustawy („... czy zasądzono odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje”). Pytania zawarte w Jednolitym Dokumencie należy poczytywać w nawiązaniu do treści ustawowych przesłanek wykluczenia, które to powinny stanowić podstawę do oceny czy w stosunku do danego oferenta winny mieć zastosowanie”.

Tej argumentacji odwołującego nie podziela Izba, uważając, że też kara umowna, a nie tylko odszkodowanie stanowi przesłankę przewidzianą w art.109 ust.1 pkt 7 Pzp służącą do wykluczenia odwołującego z postępowania. Zgodnie z treścią art.471 k.c. Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (odpowiedzialność ex contractu). Natomiast szczególną formą naprawienia szkody jest kara umowna, zgodnie z art.483 § 1 k.c. „Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)”. Z art.483 § 1 k.c. wynika, że kara umowna ma na celu „naprawienie szkody”, można więc uznać, że jest ona swoistą postacią odszkodowania. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art.471). Tak więc stanowisko odwołującego zawarte w treści odwołania, co do nie objęcia przez art.109 ust.1 pkt 7 „kar umownych” z racji użycia w nim zwrotu „odszkodowania” jest zbyt formalistycznym w kontekście art.8 ust.1 Pzp nakazującego stosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców przepisów kodeksu cywilnego.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, choć nie miało ono znaczenia w podjęciu decyzji Izby o uwzględnieniu odwołania, z powodu innych istotnych naruszeń zamawiającego przy zastosowaniu wobec odwołującego art.109 ust.1 pkt 7 w związku z art.226 ust.1 pkt 2 lit. a Pzp, że wyjaśnienia odwołującego co do podjętych działań naprawczych, w ramach samooczyszczenia, miały charakter ogólnikowy. Mogłyby być co najwyżej wstępem do przedstawienia działań naprawczych w zaistniałej sytuacji, ponieważ nie miały charakteru szczegółowego, skonkretyzowanego co do podjętych rozwiązań u odwołującego. Bowiem podjęte rozwiązania powinny odnosić się do zaistniałych konkretnie nazwanych sytuacji, związanych z wcześniejszymi umowami odwołującego, wskazywać ich szczegółowe rozwiązania, co do których zamawiający wypowiedzieli lub odstąpili od umów, czy też zastosowali pozostałe sankcje przewidziane prawem.

Podsumowując potwierdziła się argumentacja odwołującego w zakresie, jak poniżej.

„Odnosząc się do przedmiotowej kary umownej należy wskazać, że (i) nie została ona naliczona za działanie / zaniechanie działania, do którego był obowiązany Odwołujący, ale odnosi się do zakresu zamówienia, do którego realizacji był zobowiązany konsorcjant odwołującego to jest SAFEGE (ii) kara została naliczona po okresie obowiązywania umowy (kiedy stosunek zobowiązaniowy wykonawcy zamówienia wygaś), (iii) sam fakt naliczenia kary umownej nie stanowi automatycznie podstawy do wykluczenia wykonawcy z Postępowania.

W trakcie realizacji usług nadzoru inwestorskiego przez SAFEGE upłynął okres obowiązywania umowy i SAFEGE poinformował zamawiającego, że zakańcza świadczenie usług. W tym zakresie pomiędzy SAFEGE i zamawiającym powstał spór, gdyż zamawiający stał na stanowisku, że umowa nadal obliguje SAFEGE do świadczenia usług i ostatecznie złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy z przyczyn dotyczących SAFEGE. W czasie, w jakim doszło do przedmiotowego sporu oraz powstałych uchybień odwołujący już wykonał wszystkie prace, do których był zobowiązany. Zakres wykonanych czynności został przez inwestora, jak i firmę SAFEGE, oceniony pozytywnie.

Finalnie SAFEGE w dalszej kolejności realizował pozostałą część umowy w zakresie

pełnienia nadzoru inwestorskiego. Umowa z inwestorem, zgodnie z jej zapisami, wygasła z dniem 18 grudnia 2018 r. Zgodnie z informacjami otrzymanymi od SAFEGE, Zamawiający nie zgadzając się ze stanowiskiem SAFEGE o wygaśnięciu umowy na skutek upływu terminu jej obowiązywania, wypowiedział tę umowę w dniu 14 lutego 2019 r. Wskazania wymaga, że firma SAFEGE nie uznała naliczonej kary umownej, a inwestor na dzień złożenia niniejszego odwołania nie wykazał jej zasadności.

Wskazania wymaga, że Odwołujący dołączył do oferty wyjaśnienia oraz dokumenty potwierdzające powyższe okoliczności, co nie zostało w żaden sposób ujęte przez zamawiającego w treści uzasadnienia wykluczenia odwołującego z postępowania.

Konflikt pomiędzy SAFEGE a inwestorem powstał w momencie odmowy SAFEGE do świadczenia usługi po wskazanej w umowie dacie jako termin jej zakończenia. Kara umowna została naliczona za niewykonanie prac, które nie leżały w zakresie obowiązków Wykonawcy, zatem to nie uchybienie po stronie Odwołującego stanowiło podstawę do jej naliczenia. Odwołujący wywiązał się w sposób prawidłowy ze wszystkich obowiązków umownych. Nie sposób przypisać Odwołującemu działania wpisującego się w zakres pojęcia "niewykonanie" lub "nienależyte wykonanie" umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazać należy, że odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności za działania konsorcjanta nawet, jeśli Izba uzna, że faktycznie doszło do nienależytego wykonania zamówienia przez SAFEGE.

Wskazania również wymaga, że kara umowna została naliczona w dniu 12 lutego 2019 r., a wykluczenie Odwołującego nastąpiło w dniu 28 lutego 2022 r. W świetle powyższego na dzień podejmowania przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania przesłanka wykluczenia, o której mowa powyżej, uległa przedawnieniu. Przepis art. 111 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że: "Wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia." Zatem 3-letni okres karencji upłynął w dniu 12 lutego 2022 r.

Zatem Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp uległa zatarciu przed rozstrzygnięciem postępowania przetargowego.

Mając na względzie powyższe nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania miała charakter automatyczny, a sam Zamawiający nie dokonał analizy szeregu istotnych w sprawie okoliczności. Przede wszystkim Zamawiający nie udowodnił, że naliczenie kary umownej nastąpiło "z przyczyn leżących po stronie wykonawcy". Odwołanie w tym zakresie powinno zostać uwzględnione".

Zarzut „Projekt Praga Północ” zasługuje na uwzględnienie.

W tym miejscu Izba stwierdza, że powyżej przedstawione okoliczności co do formalistycznego sposobu i zakresu badania przesłanek wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp odnoszą się także do pozostałych wcześniejszych umów, w których odwołujący był wykonawcą, a w których udział odwołującego posłużył zamawiającemu do wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, z przyczyn leżących po jego stronie, w trybie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp., choć w odmiennych okolicznościach jak poniżej.

b) "Projekt Praga Południe"

Izba ustaliła i zważyła

Kolejna okoliczność będąca powodem wykluczenia odwołującego z postępowania według zamawiającego ziściła się w związku z wykonywaną przez odwołującego Umową zawartą z TBS (Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Południe Sp. z o.o. ul. Mińska 52/54, 03-828 Warszawa) o wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej remontu zespołu budynków przy ul. Targowej 14 w Warszawie z częściową zmianą sposobu użytkowania lokali (Dokumentacja, Projekt) wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót wykonywanych na podstawie ww. Dokumentacji wraz z

wszelkimi uzgodnieniami z Urzędami (Umowa z dnia 15.05.2019r. Nr TBS/U/24/2019 o wykonanie prac projektowych - w aktach sprawy).

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał, że:

Towarzystwo Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o. ul. Mińska 52/54, 03-828 Warszawa, w dniu 15 października 2019 roku w całości odstąpił od umowy z winy odwołującego oraz naliczył odwołującemu karę umowną za zwłokę w wykonaniu umowy, za nieuzasadnioną nieobecność właściwych przedstawicieli projektanta na spotkaniach dotyczących konsultacji oraz za odstąpienie od umowy.

Jak podaje zamawiający powodem odstąpienia od umowy była zwłoka w wykonaniu umowy oraz nieuzasadniona nieobecność właściwych przedstawicieli projektanta na spotkaniach z zamawiającym. Na podstawie tak ustalonych okoliczności zamawiający zadysponował wobec odwołującego spełnienie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp o wykluczeniu z postępowania i w konsekwencji na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp odrzucił ofertę odwołującego.

Jako argument przeważający o dyskwalifikacji odwołującego, według oceny zamawiającego była okoliczność, że w trakcie realizacji zamówienia odwołującemu została naliczona kara umowna za (i) nieobecność właściwych przedstawicieli projektanta w spotkaniach oraz (ii) za odstąpienie od umowy.

Odnosząc się do pierwszej z powoływanych w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania kar umownych wskazać należy, że została ona naliczona z uwagi na rzekome uchybienie obowiązku, który to obowiązek nie został określony w umowie (tj. obowiązek udziału w spotkaniach wszystkich członków zespołu projektowego; umowa wymagała stawiennictwa wyłącznie umocowanego reprezentanta wykonawcy).

Izba na podstawie przywołanej powyżej umowy z dnia 15.05.2019 r. to jest jej § 3 ust. 2 pkt 3) i pkt 4) regulujących obowiązki odbycia spotkań konsultacyjnych z przedstawicielami zamawiającego nie stwierdza aby umowa określała po stronie odwołującego obowiązek uczestniczenia za każdym razem całego zespołu projektowego wymienionego w umowie. Umowa posługuje się pojęciem „Projektant” nie uściślając trybu ustalania, który z projektantów, czy też inny przedstawiciel odwołującego, z uwagi na przedmiot spotkania, będzie miał obowiązek uczestniczenia. Tym bardziej jest to istotne, że tych spotkań konsultacyjnych z zamawiającym przewidziano na etapie projektu koncepcyjnego 12 spotkań, a na etapie opracowywania pozostałych elementów dokumentacji projektowo-kosztorysowej co 14 dni. Zgodnie z § 5 ust. 1 umowa miała być zrealizowana do 06.09.2020r., a inwentaryzacja i ekspertyza techniczna zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1) miała być wykonana do 13.08.2019r. Przede wszystkim podkreślenia wymaga okoliczność, że odwołujący nie uznał przedmiotowej kary umownej wskazując, w korespondencji z TBS, że w umowie brak jest postanowienia rangi umownej, które nakładałoby zobowiązanie do podjęcia działań, których brak mógłby stanowić podstawę dla uznania działań Inwestora TBS jako zasadnych (umowa z dnia 15 maja 2019 r. oraz pismo odwołującego z dnia 23 października 2019 r. - w aktach sprawy). Z treści pisma wynika, że odwołujący zawiadamia TBS o bezpodstawności naliczenia kar umownych w myśl § 11 ust. 2 pkt 3 umowy za nieobecność Projektanta lub właściwych jego przedstawicieli, w sytuacji gdy właściwie umocowany przedstawiciel był obecny na każdym spotkaniu. W załączeniu do niniejszego pisma z dnia 23.10.2019r. odwołujący odesłał do TBS-u otrzymane noty księgowe datowane na dzień 02.10.2019r. nr 3/2019 (w aktach sprawy), a co jest równoznaczne z brakiem ich zaksięgowania u odwołującego. Powyższe również oznacza, że według odwołującego kara umowna została przez inwestora TBS naliczona bezpodstawnie.

W zakresie drugiej z naliczonych kar umownych oraz złożonym przez Inwestora oświadczeniu o odstąpieniu od umowy to odwołujący wyjaśniał, że w trakcie umowy realizacji pomiędzy stronami powstał spór wynikający z nadinterpretacji postanowień umownych przez Zamawiającego (TBS), który w sposób dowolny kreował dodatkowe (niewynikające z

umowy) obowiązki odwołującego, kwestionując bezpodstawnie prawidłowość wykonywanych prac oraz żądając przekazania wykonanej dokumentacji w terminie szybszym niż zostało to określone w umowie. Dodatkowo inwestor w toku realizacji umowy utrudniał wielokrotnie odwołującemu wykonanie zamówienia, o czym odwołujący każdorazowo informował Inwestora. Jak twierdził odwołujący w odwołaniu i na rozprawie „w świetle powyższego należy mieć na względzie, że to zachowanie inwestora stanowiło źródło wszelkich nieporozumień stron przy realizacji zamówienia”. Do odwołania załączono, jako dowód pisma: o Nr 04/ZAMA/1905/2019/PB z dnia 28.06. 2019 r. oraz pismo o Nr

06/ZAMA/1905/2019/PB.ŁM z dnia 16.07.2019r. oraz pismo o Nr
07/ZAMA/1905/2019/PB.ŁM z dnia 30.07.2019r. - w aktach sprawy. Powyższe pisma

stanowią dowód na szereg nieprawidłowości, w ocenie odwołującego, co do współpracy z Inwestorem TBS i to zwłaszcza, że miało to miejsce na etapie I - to jest wykonania i przekazania Zamawiającemu inwentaryzacji i ekspertyzy technicznej, a co miało być wykonane do 90 dni od podpisania umowy t.j. do 13.08.2019r. (§ 5 ust.1 pkt 1 umowy z dnia 15.05.2019 r. Nr TBS/U/24/2019 o wykonanie prac projektowych - w aktach sprawy). W pismach tych poruszał odwołujący szereg takich nieprawidłowości we współpracy, jego zdaniem, jak nieprzekazanie przez TBS archiwalnych umów przyłączeniowych z gestorami mediów, nieprzekazanie parametrów kosztowych według OPZ, brak oświadczenia Inwestora o dysponowaniu nieruchomością, brak odpowiedzi na zgłoszone utrudnienia w dostępie do nieruchomości (dzicy lokatorzy- bezdomni), utrudnianie Projektantowi dostępu do nieruchomości, włącznie z nałożeniem obowiązku na Projektanta opróżnienia nieruchomości z osób nieuprawnionych - bezdomnych. Powyższe zachowanie (korespondencja do TBS) odwołującego świadczy, że nie przyjął krytycznej oceny zamawiającego TBS co do wykonywania nałożonych umową z dnia 15.05.2019 roku obowiązków Projektanta. Jak twierdzi odwołujący wskutek braku koniecznej współpracy z TBS, odwołujący w dniu 4 października 2019 r. odstąpił od umowy wskazując na uchybienia po stronie inwestora w wywiązywaniu się przez niego z obowiązków umownych (tj. Odwołujący odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie inwestora) - oświadczenie o odstąpieniu od umowy Pismo Nr 18/ZAMA/1905/2019 z dnia 4 października 2019 r. - w aktach sprawy. W piśmie tym odwołujący jako powód odstąpienia od umowy wskazał i opisał między innymi następujące okoliczności - bezpodstawną odmowę odbioru prac I etapu (inwentaryzacja), traktowaną przez odwołującego jako zwłoka w przyjęciu świadczenia, z powołaniem się na skutki z art. 486 § 1 k.c., utrudnianie prac przez osoby trzecie - zagrożenie dla projektanta, brak współdziałania - brak odpowiedzi ze strony TBS-u, próby nałożenia dodatkowych obowiązków nie wynikających z umowy, z wezwaniem do odbioru prac, w przeciwnym wypadku wystąpienie z roszczeniami odszkodowawczymi z tytułu utraconych korzyści.

W odpowiedzi na powyższe oświadczenie odwołującego o odstąpieniu od umowy, zamawiający w dniu 14.10.2019r. złożył własne pismo informujące również o odstąpieniu od umowy — z przyczyn leżących, w jego ocenie, po stronie odwołującego. Według odwołującego, oświadczenie TBS stanowiło odpowiedź na podejmowane przez odwołującego działania i miało charakter następczy, wtórny do zaistniałych już okoliczności odstąpienia od umowy przez odwołującego.

O spornym charakterze z jakiej przyczyny nastąpiło rozwiązanie umowy przed czasem wyznaczonym na jej wykonanie, świadczy złożenie do sądu pismem z dnia 4 czerwca 2020 r. pozwu o zapłatę należnego wynagrodzenia z tytułu zrealizowanych prac (data stempla Sądu Okręgowego w Warszawie Biuro Podawcze 2020-08-18 - w aktach sprawy). W pozwie odwołujący nie uznał skuteczności złożonego przez inwestora oświadczenia o zakończeniu współpracy stron.

Odwołujący w odwołaniu stwierdza: „W ocenie Odwołującego brak jest podstaw do uznania, że realizacja przez niego zamówienia miała charakter, któremu można przypisać długotrwałą nienależytość. Wręcz przeciwnie — Odwołujący wielokrotnie podejmował próby nawiązania z inwestorem relacji zmierzających do rozpoczęcia przez niego współdziałania. Wszelkie przesłanki braku współdziałania inwestora zostały opisane w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy. Dotyczyły one przede wszystkim odmowy odbioru wykonanych prac, braku zapłaty za wykonane prace, rozwiązywania wątpliwości nt. niejasnych i sprzecznych zapisów OPZ, braku interwencji dot. osób trzecich przebywających na nieruchomości”.

Dodatkowo na rozprawie złożono i Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego korespondencję do Miasta Stołecznego Warszawy opisującą trudności w realizacji obowiązków umownych w związku z brakiem lub niewłaściwą współpracą Projektanta z TBS, w ocenie odwołującego, z wnioskami o interwencję M.St. Warszawa, a co ma świadczyć również o braku wypełnienia dyspozycji art.109 ust.1 pkt 7 Pzp. w zakresie podstaw do wykluczenia odwołującego przede wszystkim „w zakresie przyczyn leżących po stronie odwołującego” (22.11.2019 r. do Urząd M. St. W-wa, 03.01.2020r. do Urząd M. St. W-wa).

Zważywszy na powyższe Izba stwierdza, że zamawiający nie wykazał przesłanek z art.109 ust.1 pkt 7 Pzp to jest co do odstąpienia od umowy przez TBS z przyczyn leżących po stronie odwołującego, jak też zasądzenia odszkodowania na rzecz TBS-u, zwłaszcza w sytuacji, gdy to odwołujący odstąpił od umowy, odesłał noty księgowe TBS-u i ostatecznie wystąpił na drogę sądową przeciwko TBS o zapłatę.

Podobnie jak w projekcie Praga Północ decyzja zamawiającego miała charakter automatyczny, a sam zamawiający nie dokonał analizy szeregu istotnych w sprawie

okoliczności. Przede wszystkim zamawiający nie udowodnił, że naliczenie kary umownej nastąpiło "z przyczyn leżących po stronie wykonawcy".

Zarzut „Projekt Praga Południe” zasługuje na uwzględnienie.

c) "Projekt Lublin"

Izba ustaliła i zważyła

Zamawiający w uzasadnieniu decyzji wykluczenia odwołującego z postępowania w związku realizacją przez odwołującego wcześniejszej inwestycji pn.: „Nadbudowa budynku Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej” na rzecz zamawiającego Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SP ZOZ z siedzibą w Lublinie podał:

W umowie zawartej z Wojskowym Szpitalem Klinicznym z Polikliniką SPZOZ w Lublinie Al. Racławickie 22, 20-049 Lublin Wykonawca nie podjął czynności dla prawidłowego i terminowego wykonania zobowiązań wynikających z treści zawartej umowy, związku z czym umowa z 11 marca 2021 roku została rozwiązana z winy leżącej po stronie Wykonawcy”.

Z ustaleń zamawiającego wynika, że umowa z Wojskowym Szpitalem Klinicznym z Polikliniką SPZOZ w Lublinie została rozwiązana przez tegoż zamawiającego z winy odwołującego, ponieważ nie podjął się prawidłowych i terminowych czynności gwarantujących wykonanie zobowiązań umownych w terminie.

Odwołujący odnosząc się do uzasadnienia zamawiającego co do umowy z Wojskowym Szpitalem Klinicznym z Polikliniką SPZOZ w Lublinie stwierdził, że do czasu rozwiązania umowy inwestor nie wskazywał konkretnych uchybień po stronie odwołującego, które świadczyłyby o jego nierzetelnym działaniu. Inwestor ten w dniu 25 października 2021 r. dokonał odbioru etapu świadczonej usługi bez żadnych uwag oraz dokonał pełnej zapłaty należnego odwołującemu wynagrodzenia (przelew z dnia 26.11.2021r.).

W ocenie odwołującego współpraca do pewnego czasu układała się prawidłowo, o czym świadczy powyższe to jest dokonanie zapłaty za określony etap współpracy. Odwołujący w odwołaniu potwierdził, że w toku realizowanej umowy wielokrotnie zwracał się do inwestora z prośbą o podjęcie współpracy, które to prośby pozostawały bez oczekiwanej reakcji. Zadaniem odwołującego, jego ocena współpracy z perspektywy czasu wskazuje na bierność po stronie inwestora, która miała na celu wykreowanie podstaw do przerzucenia na odwołującego odpowiedzialności za zdarzenia kontraktowe oraz stworzyć dla inwestora podstawę do zakończenia współpracy z odwołującym.

Według odwołującego, „Zamawiający w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy z dnia 9 grudnia 2021 r. nie wskazał żadnych konkretnych sytuacji, które mogłyby świadczyć o niewłaściwym zachowaniu odwołującego. W jego ocenie oświadczenie o odstąpieniu od umowy miało charakter ogólny i szlampowy. Powyższe pozwala na sformułowanie stanowiska, że inwestor nie posiadał żadnych miarodajnych dowodów oraz rzetelnych podstaw uzasadniających jego działanie (oświadczenie Inwestora z dnia 9 grudnia 2021 r. o odstąpieniu od umowy— w aktach sprawy).

Niemniej nie Izbie oceniać zasadność odstąpienia od umowy przez Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SPZOZ w Lublinie, a pozostaje tylko stwierdzić, że czynność ta ze strony Szpitala w Lublinie nastąpiła.

Z kolei kwestionując czynność odstąpienia od umowy, odwołujący podniósł „Wskazania przy tym wymaga, że jedyna kara umowna jaka została naliczona przez Zamawiającego dotyczy odstąpienia od umowy, a nie wynika z jakichkolwiek uchybień po stronie Odwołującego w wykonaniu zobowiązań umownych. Pomimo posiadanego uprawnienia umownego do naliczenia tego rodzaju kar inwestor nie naliczył żadnej kary, co potwierdza, że uznawał, że nie ma do tego podstaw, gdyż Odwołujący w sposób należyty realizował zamówienie”.

Powyższe stwierdzenie odwołującego ma wskazywać, na bezpodstawne odstąpienie od umowy, ponieważ zamawiający zastosował jedynie karę z tytułu odstąpienia od umowy, nie poprzedzając samej czynności odstąpienia, obciążeniem karą z innego tytułu a przewidzianymi w umowie na okoliczność nie wywiązywania się z konkretnie nałożonych

obowiązków umownych. Poza tym odwołujący powoływał się na brak wezwań zamawiającego do realizacji czy to właściwej, czy to terminowej realizacji obowiązków umownych, które mogłyby też stanowić podstawę do nałożenia kar umownych, wynikających z postanowień wiążącej umowy.

Dla Izby istotnym dla oceny zaistniałej sytuacji to jest odstąpienia od umowy przed terminem jej wykonania oraz naliczeniem kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy, jest także czynność odwołującego, który nie przyjął naliczonej kary umownej oraz w dniu 22 grudnia 2021 r. złożył oświadczenie o odesłaniu noty księgowej bez jej księgowania wystawionej z tytułu wezwania do zapłaty kary umownej (oświadczenie z dnia 22 grudnia 2021 r. o odesłaniu noty księgowej bez księgowania - w aktach sprawy). Poza tym w dniu 22 grudnia 2021r. odwołujący przesłał o Szpitala w Lublinie stanowisko prawne, w którym podjął merytoryczną argumentację za bezzasadnością odstąpienia od umowy, zwłaszcza w sytuacji, że niektóre z obowiązków w dacie jej zawarcia, były już po terminie umownym ich wykonania, jak i zapowiadany roszczeniem o zapłatę z tytułu poniesionych kosztów wykonywania umowy (pismo radcy prawnego do Szpitala w Lublinie z dnia 22 grudnia 2021r.

wraz z umową o świadczenie usług prawnych z dnia 11.03.2021r. i z dnia 12 lutego 2022r. - w aktach sprawy).

Według oświadczenia odwołującego, na moment złożenia odwołania inwestor nie wystąpił do odwołującego z powództwem o zapłatę kary umownej, a sytuacja ma charakter sporny pomiędzy stronami, zwłaszcza wobec odesłania noty księgowej, bez jej zaksięgowania u odwołującego.

Izba podziela argumentację odwołującego, który stwierdził, że „O tym, że zamówienie było realizowane prawidłowo świadczy zarówno fakt odebrania i zapłacenia Odwołującemu wynagrodzenia za wcześniejsze etapy prac. Przy czym warto zwrócić uwagę, że pomiędzy dokonaniem odbioru etapu a złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy upłynęło niecałe 1 miesiąca (trudno uznać, że mamy do czynienia z "długotrwałym" nienależytym wykonywaniem umowy)” - przelew z dnia 26.11.2021r. i oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 9 grudnia 2021r.

Dla powyższej oceny Izby, nie ma znaczenia przedstawione w poczet materiału dowodowego, pismo z dnia 21.07.2021r. Szpitala Lublin stanowiące wezwanie do należytego wykonania umowy, skierowane do odwołującego, z przywołaniem postanowień umowy przez wskazanie poszczególnych paragrafów umowy i obowiązków z nich wynikających, na dowód ich nie wykonania przez odwołującego (pismo w aktach sprawy). Odwołujący na to pismo udzielił bezzwłocznie odpowiedzi pismem z dnia 27.07.2021r., w którym zapewnił o dokładaniu wszelkich starań, aby realizować umowę w sposób należyty i terminowy oraz zwrócił się o wskazanie konkretnych uchybień (zdarzeń), których dopuścił się, tak aby możliwym było spełnienie oczekiwań zamawiającego (pismo w aktach sprawy). Zamawiający nie udzielił na to pismo odwołującego odpowiedzi.

„Odwołujący świadczył swoje usługi w sposób należyty o czym świadczy chociażby szereg uwag zgłoszonych do dokumentacji projektowej, które okazały się być zasadne i zostały uwzględnione przez projektanta. Wzrost kosztów inwestycji nie był spowodowany winą Odwołującego jako inwestora zastępczego, lecz wynikał z faktu, że inwestor nie przewidywał na etapie planowania inwestycji (co miało miejsce przed zawarciem Umowy z Wykonawcą) konieczności wzmocnienia elementów konstrukcyjnych budynku. Gdyby tego typu wzmocnienie nie zostało zastosowane, obiekt po jego nadbudowie groziłby katastrofą budowlaną, gdyż dotychczas istniejące elementy konstrukcyjne nie utrzymałyby ciężaru nowej kondygnacji. W zakresie rzekomych opóźnień w realizacji umowy wskazać należy, że umowa była umową o świadczenie usług, a nie umową o dzieło. Tym samym terminy poszczególnych etapów miały charakter orientacyjny i były uzależnione od tempa prac innych uczestników procesu inwestycyjnego. W toku realizacji umowy, wpływ na terminy realizacji inwestycji miały prace projektowe. Projektant był natomiast podmiotem niezależnym od Odwołującego, wybranym przez inwestora w ramach innego postępowania przetargowego. Czynności podejmowane przez Odwołującego były więc uzależnione od tempa prac projektanta. Odwołujący, gdy tylko to było możliwe wykonywał swoje obowiązki niezwłocznie. Terminy umowne dla poszczególnych etapów zostały wskazane w umowie przez inwestora jako datyienne i ich zachowanie nie było częściowo możliwe z uwagi na że terminy te przypadały na okres przed zawarciem umowy. Spowodowane to było tym, że przedłużyło się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a Zamawiający nie dokonał aktualizacji projektu umowy w tym zakresie”.

Wyjaśnienia odwołującego, o bezpodstawności wypowiedzenia umowy w kontekście braku uprzednich wezwań do należytego, czy też terminowego realizowania obowiązków, nie

sposób zakwalifikować jako dowód na spełnienie przesłanki długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych obowiązków umowy, które uzasadniałyby odstąpienie od umowy. Wobec treści art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp należy powyższą przesłankę spełnić łącznie z pozostałymi przesłankami tam wymienionymi, a trudno też zakwalifikować jako spełnione pozostałe przesłanki, chociażby z powodu odesłania przez odwołującego noty księgowej, czy też stanowiskiem prawnym o bezpodstawności odstąpienia od umowy i zapowiedzią z tego powodu roszczeń finansowych. W świetle powyższego odwołujący zasadnie wskazuje, że w nie sposób przypisać jemu przyczynienia się do podjęcia przez inwestora decyzji o odstąpieniu od umowy, co też pozbawia decyzję zamawiającego przymiotu zgodności z wymogami art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zarzut „Projekt Lublin” zasługuje na uwzględnienie.

d) Projekt PZLPiT Mazowsze

Izba ustaliła i zważyła

Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego w piśmie z dnia 28 lutego 2022r. podniósł jako podstawę tej decyzji „W umowie zawartej z PZLPiT „Mazowsze” im. Tadeusza Sygietyńskiego ul. Świerkowa 2, 05-805 Otrębusy, Wykonawca został obciążony w marcu 2021 r, karą umowną z tytułu opóźnień w realizacji umowy.

Odnosząc się do powyższego stanowiska zamawiającego wskazać należy, że kwestia związana z realizacją umowy na rzecz PZLPiT nie była przedmiotem wyjaśnień złożonych przez odwołującego na etapie złożenia oferty, jak i na etapie prowadzonego przez zamawiającego postępowania przetargowego.

Nawiązując do naliczonej przez inwestora kary umownej należy przedstawić kontekst realizacji umowy, która została zawarta w 2017 r. (umowa z dnia 17 stycznia 2017 r. o nr 1/2017 — w aktach sprawy). Inwestor w toku realizacji umowy nie zgłaszał zastrzeżeń do sposobu realizacji prac przez odwołującego. Na dowód czego zamawiający wystawił odwołującemu referencję z dnia 6 czerwca 2017 r. (w aktach sprawy). Z wystawionej referencji wynika, że przedmiot umowy został wykonany rzetelnie i terminowo. Na podstawie wykonanego projektu budowlanego Inwestor uzyskał pozwolenie na budowę

Ja wyjaśniał odwołujący do 2021 r. współpraca stron przebiegała bez zastrzeżeń, a odwołujący ukończył wszystkie prace w terminie określonym w umowie. Jednakże z przyczyn nieznanych odwołującemu inwestor zwlekał z podpisaniem protokołu odbioru za Etap III zamówienia, który to protokół pozwalałby odwołującemu na wystawienie faktury za wykonane prace w ramach tego etapu.

Inwestor ostatecznie w dniu 19 lutego 2022 r. podpisał protokół odbioru wskazując rzekome uchybienia po stronie odwołującego oraz członka konsorcjum wspólnie z odwołującym realizującego zamówienie. Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem inwestora, czego dał wyraz zgłaszając zastrzeżenie do protokołu.

Inwestor poinformował odwołującego o naliczonej karze umownej za opóźnienie dopiero w odpowiedzi na przesłaną przez odwołującego fakturę za odebrany Etap III świadczenia usługi nadzoru. Zamawiający wcześniej nie wzywał odwołującego do zaprzestania naruszeń postanowień umownych, jak również nie sugerował, że Odwołujący znajduje się w jakimkolwiek opóźnieniu w realizacji swoich obowiązków w wykonaniu zamówienia.

Warto przy tym wskazać, że z oświadczenia inwestora nie sposób wywieść w jakim okresie odwołujący pozostawał w opóźnieniu i jaki konkretnie czasookres stanowił podstawę do przyjętych przez inwestora wyliczeń. Odwołujący wskazuje, że wszystkie czynności w trakcie realizacji zamówienia były wykonywane terminowo, a inwestor nie miał podstaw do naliczenia kary umownej z tytułu rzekomego opóźnienia.

Odwołujący w dniu 4 czerwca 2021 r. wniósł przeciwko inwestorowi powództwo o zapłatę całego wynagrodzenia umownego, zatem spór pomiędzy stronami nie ma charakteru ostatecznego (pozew złożony przez Odwołującego z dnia 4 czerwca 2021 r. (wyciąg) — w aktach sprawy).

Dodatkowo wskazać należy, że nawet jeśli uznać, że kara umowna została naliczona

zasadnie to nie świadczy ona o nienależytym wykonaniu zamówienia. Wskazać należy, że umowa była realizowana przez okres ponad 4 lat i w okresie tym usługi świadczone przez Odwołującego były oceniane jako prawidłowe pod względem jakości, jak i terminowości. Brak jest zatem przesłanki związanej z koniecznością potwierdzenia, że wykonawca w sposób "długotrwały" nienależycie wykonywał umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Wskazywane przez inwestora uchybienia może być kwalifikowane jako działanie incydentalne, nie mające wpływu na ocenę całości świadczonych przez odwołującego usług.

Okoliczność naliczenia jednej kary umownej w tak długim okresie realizacji zamówienia publicznego nie może przesądzać o niskiej jakości świadczenia usługi nadzoru. Wszystkie pozostałe etapy i prace realizowane w latach 2017 — 2021 były odbierane przez inwestora bez zastrzeżeń, zatem nie sposób uznać, że w sprawie uległy przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

„Odwołujący jednocześnie wskazuje, że tak jak Odwołujący jest związany zarzutami swojego odwołania, tak Zamawiający jest związany zakresem podjętej decyzji, która stanowiła podstawę dla skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej. Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskaże właściwe przyczyny wykluczenia Odwołującego. Takie działanie należy pochytywać jako działanie niedopuszczalne i stanowiące rozszerzenie podstawy faktycznej i prawnej rozstrzygnięcia Postępowania.

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

Z brzmienia regulacji wynika, że aby doszło do materializacji przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędne jest wykazanie, że: a) Wykonawca nie wykonał, nienależycie wykonał lub długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, b. Zobowiązanie to było zobowiązaniem istotnym, c. Finalnie powyższe doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Wykluczenie Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 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 Odwołującego, 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 nienależycie wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące.

Rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Z przedstawionych na rozprawie dowodów przez zamawiającego wynika, że dotyczą one w większości zdarzeń z okresu dłuższego niż trzy lata lub też mających dowodzić nienależyte wykonanie umowy. Dlatego też należy mieć na uwadze, że jako powód wykluczenia zamawiający podał w Projekcie Mazowsze naliczenie kar umownych, a odwołujący na tę samą kwotę (28.656,60zł.) przedstawił już opisywany powyżej pozew o zapłatę w postępowaniu nakazowym oraz uzasadnienie decyzji zamawiającego z dnia 28 lutego 2022r.

o podstawie wykluczenia odwołującego z tytułu karm umownych, a nie z tytułu nienależytego wykonania umowy (Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego w piśmie z dnia 28 lutego 2022r. podniósł: W umowie zawartej z PZLPiT „Mazowsze” im. Tadeusza Sygietyńskiego ul. Świerkowa 2, 05-805 Otrębusy, Wykonawca został obciążony w marcu 2021 r, karą umowną z tytułu opóźnień w realizacji umowy).

Zarzut „Projekt PZLPiT Mazowsze” zasługuje na uwzględnienie.

Podsumowując Izba uwzględniła odwołanie, stwierdzając zasadność naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) oraz art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz.1129 wraz z późn. zm.) zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 15.000,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania, odwołujący nie zgłosił kosztów zastępstwa procesowego.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie: