

**WYROK**

Warszawa, dnia 29 listopada 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz  
Katarzyna Poprawa  
Ernest Klauziński  
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2024 r. przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Babiogórski Park Narodowy z siedzibą w Zawoi

- A.przy udziale uczestnika po stronie odwołującego - ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu,
- B.przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre we Francji

**orzeka:**

- 1.umarza postępowanie w zakresie zarzutów nr II b) i II c),
- 2.oddala odwołanie w zakresie zarzutu II a),
- 3.kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

- 3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Babiogórski Park Narodowy z siedzibą w Zawoi tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.2.zasądza od wykonawcy BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Babiogórskiego Parku Narodowego z siedzibą w Zawoi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający Babiogórski Park Narodowy z siedzibą w Zawoi (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. Usługa pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego (z rozszerzonym zakresem obowiązków) przy realizacji inwestycji pod nazwą „Budowa Centrum Edukacji Przyrodniczej MORGI” (numer sprawy: ZP-10/2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 lipca 2024 r. pod nr 450354-2024 Dnia 31 października 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności podjętej przez Zamawiającego w dniu 21 października 2024 r. w ramach prowadzonego przez niego postępowania, polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre (Francja) („SAFEGE”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

II a) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) i pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania i odrzucenia oferty SAFEGE, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, podczas gdy zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp ponieważ SAFEGE z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonało lub nienależycie wykonało albo długotrwale nienależycie wykonywało istotne obowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do nałożenia kar umownych na SAFEGE przez Zarząd Inwestycji Miejskich w Krakowie („ZIM”) w ramach realizacji zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Budowa ul. 8 Pułku Ułanów” w Krakowie oraz SAFAGE w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co miało istotny wpływ na decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty,

II b) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez złożenie oferty niezgodnej z warunkami SWZ – SEFEGE złożyło wraz z ofertą Wykaz osób, które nie spełniają warunków udziału,

II c) art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 PZP poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez SAFEGE jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 18.10.2024r.

Odwołujący wnosił o:

- a) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- b) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz opisanych szczegółowo w treści odwołania, a także dowodów, które zostaną przedstawione na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- c) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, ponownienia badania i oceny ofert oraz

i. w stosunku do zarzutu z punktu II lit. a) - nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SAFEGE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp,

ii. w stosunku do zarzutu z punktu II lit. b) - nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SAFEGE na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z złożeniem oferty niezgodnej z warunkami SWZ,

iii. w stosunku do zarzutu z punktu II lit. c) - nakazanie Zamawiającemu odtajnienia Pisma SAFEGE z dnia 18.10.2024r. – według Wezwania Zamawiającego z dnia 11.10.2024r. dotyczącego wezwania do złożenia wyjaśnień.

d) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznaje uszczerbku. Odwołujący wskazał, że jego oferta znalazła się na drugim miejscu w rankingu ocenionych przez Zamawiającego ofert. W związku ze zidentyfikowaniem przez Odwołującego wadliwości w procesie badania oferty zwycięskiej, Odwołujący zauważył, że jest narażony na ryzyko poniesienia szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że w przypadku zaś uwzględnienia odwołania oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia istotnie wzrosną.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 21 października 2024r. – Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty. W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 31 października 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutu nr II a) odwołania Odwołujący podał, że wraz z ofertą SAFEGE złożyło dokument JEDZ z 21 sierpnia 2024 r. W treści złożonego formularza JEDZ w odniesieniu do pytania znajdującego się w części III: "Podstawy wykluczenia", lit. C: "Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi", dotyczącego rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji, tj. "Czy wykonawca znajdował się w 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 tą wcześniejszą umową?" SAFEGE udzieliło odpowiedzi pozytywnej wskazując jednocześnie, iż działa z daleko posuniętej ostrożności, mając na

celu zachowanie całkowitej transparentności w zakresie historycznych realizacji inwestycji. Odwołujący wskazał, że jednocześnie w tym miejscu JEDZ SAFEGE oświadczył, że wykonawca nie przedsięwziął żadnych środków w celu samooczyszczenia. Do dokumentu JEDZ SAFEGE załączył oświadczenie i wyjaśnienia dotyczące przesłank wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp („Oświadczenie”). W Oświadczeniu SAFEGE stwierdził jedynie, iż nie zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, jako że nie zostały kumulatywnie spełnione przesłanki wskazane w ww. przepisie.

W dniu 19 września 2024 r. działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wezwał SAFEGE do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na to wezwanie, 30 września 2024 r. SAFEGE przekazał komplet dokumentów, wśród których jak zauważył Odwołujący znalazło się również oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w Oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, m.in. przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. SAFEGE oświadczył, że informacje zawarte przez niego w wyżej wymienionym oświadczeniu złożonym w ramach postępowania są aktualne w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania.

Odwołujący wskazał, że pozyskał w trybie dostępu do informacji publicznej dowód, że w toku realizacji Budowa ul. 8 Pułku Ułanów w ramach umowy o zamówienia publiczne zawartej pomiędzy Gminą Miejską Kraków a SAFEGE z 30 stycznia 2019 r. („Umowa”) na SAFEGE została nałożona kara umowna w związku z nienależytą jej realizacją tj. za pozostawanie w zwłoce w wykonaniu dokumentacji projektowej Etapu I dla Odcinka 3 w wysokości 107.500 zł Odwołujący odnosząc się do przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania wynikających z w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp podał, że za istotne należy uznać nałożenie kary umownej w wysokości 107.500 zł tj. w wysokości prawie 10% wynagrodzenia netto wynikającego z Umowy. Odwołujący wskazał, że łączna wysokość kar została ograniczona do wartości maksymalnej zgodnie z § 7 ust. 4 ww. umowy. Dalej Odwołujący zauważył, że zgodnie z §4 ust. 1 lit. e) Umowy, Etap I dla Odcinka 3 miał być zrealizowany w terminie do 10 miesięcy licząc od dnia zawarcia Umowy tj. do 30 listopada 2019 r. Na dzień wystawienia noty obciążeniowej tj. na dzień 22 marca 2023 r. opóźnienie w realizacji wynosiło dokładnie 1102 dni, co stanowiło 10% wartości umowy netto za cały okres realizacji tego zamówienia. Odwołujący wskazał, że za istotne zobowiązanie uznaje się zrealizowanie przedmiotu zamówienia w terminie, a zgodnie z notą obciążeniową z 22 marca 2023 r. opóźnienie to było zdaniem Odwołującego zawinione przez SAFEGE.

W ocenie Odwołującego, przedłożona Zamawiającemu informacja w JEDZ uzupełniona Oświadczeniem i dalej powielona w ramach oświadczeniu SAFEGE o aktualności informacji zawartych w JEDZ wprowadziła Zamawiającego w błąd. W ocenie Odwołującego, działania SAFEGE nosiło znamiona przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, choć w kontekście faktu, że SAFEGE w stosunku do innych inwestycji przedstawił Oświadczenie, zdaniem Odwołującego jego działanie mogłoby nawet nosić znamiona rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania.

W dniu 19 listopada 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. umorzenie postępowania co do Zarzutu nr II c) i oddalenie odwołania w pozostałej części;
2. przeprowadzenie dowodu z:

- pisma wykonawcy SAFEGE z dnia 18.10.2024 r.;
- wydruku z Platformy e-Zamówienia z dnia 04.11.2024 r.;
- pisma Odwołującego z dnia 10.10.2024 r.;
- protokołu Komisji przetargowej z dnia 21.10.2024 r. – badanie przesłanek wykluczenia SAFAGE;
- protokołu Komisji przetargowej z dnia 21.10.2024 r. – badanie ofert.

3. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych.

W dniu 19 listopada 2024 r. Przystępujący po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe zawierające jego stanowisko.

W dniu 25 listopada 2024 r. Odwołujący złożył pismo procesowe zawierające rozwinięcie jego stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta

Odwołującego uplasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, w związku z tym Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu. Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę ZDI sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre we Francji. Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę SAFEGE S.A.S. z siedzibą w Nanterre we Francji do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Podczas posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący oświadczył, że:

- 1)Cofa odwołanie w zakresie zarzutu nr II b)
- 2)Wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu II c)
- 3)Podtrzymuje odwołanie w zakresie zarzutu nr II a)

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „Odwolujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.” W odniesieniu do zarzutu II b) odwołania wykonawca oświadczył o jego cofnięciu. Stosując zatem odpowiednio przepis art. 520 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie tego zarzutu Izba orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr II b) odwołania i postanowiła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Izba ustaliła, że w dniu 4 listopada 2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia oświadczenie wykonawcy SAFAGE z dnia 18 października 2024 r. wraz z załącznikami. Zarzut nr II c) dotyczył zaniechania odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu tych dokumentów, w związku z czym Izba stwierdziła, że postępowanie w tym zakresie stało się zbędne. Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W ocenie Izby udostępnienie Odwołującemu oświadczenia wykonawcy SAFAGE z dnia 18 października 2024 r. wraz z załącznikami powoduje, że dalsze postępowanie stało się zbędne, w związku z czym Izba orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr II c) odwołania i postanowiła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Mając na uwadze powyższe rozpoznaniu przez Izbę podlegało odwołanie w zakresie zarzutu nr II a) odwołania.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, pism procesowych zawierających oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego wraz z załącznikami, pisma procesowego z dnia 19 listopada 2024 r. złożonego przez Przystępującego po stronie Zamawiającego i pisma procesowego Odwołującego z dnia 25 listopada 2024 r.

Izba odmówiła włączenia w poczet materiału dowodowego dowodów nr 1 i 2 przedłożonych przez Odwołującego podczas posiedzenia przed KIO stwierdzając, że dowody te nie mają znaczenia dla sprawy i zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba wskazuje, że okoliczności, na potwierdzenie których został powołany dowód nr 2 nie znalazły się w uzasadnieniu faktycznym odwołania. Odnosząc się do dowodu nr 1 należy wskazać, że Izba nie jest związana orzeczeniem wydanym w innej sprawie.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestników postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Usługa pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego (z rozszerzonym zakresem obowiązków) przy realizacji inwestycji pod nazwą „Budowa Centrum Edukacji Przyrodniczej MORGI”. W postępowaniu zostały złożone 4 oferty, w tym oferta Odwołującego i obu przystępujących.

Wraz z formularzem ofertowym z dnia 28 sierpnia 2024 r. SAFEGE złożył m.in. dokument JEDZ. W treści złożonego formularza JEDZ w odniesieniu do pytania znajdującego się w części III: "Podstawy wykluczenia", lit. C: "Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi", dotyczącego rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innych porównywalnych sankcji, tj. "Czy wykonawca znajdował się w 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 tą wcześniejszą umową?" SAFEGE udzielił odpowiedzi pozytywnej wskazując jednocześnie, iż działa z daleko posuniętej ostrożności, mając na celu zachowanie całkowitej transparentności w zakresie historycznych realizacji inwestycji.

10 października 2024 r. Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo, w którym wskazał, że w odniesieniu do wykonawcy SAFEGE zachodzą przesłanki do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, w związku z

inwestycją pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn. Budowa ul. 8 Pułku Ułanów” realizowanej dla Gmina Miejska Kraków, w ramach której SAFEGE otrzymał notę dotyczącą kary umownej w wysokości 107 500,00 złotych. Do pisma została dołączona kopia umowy nr ZIM/02/2019/002 z dnia 30.01.2019 r. zawarta pomiędzy SAFEGE a Gminą Miejską Kraków oraz dwie noty obciążeniowe nr ZIM/NOB/2019/002 z dnia 30.04.2019 r. oraz nr ZIM/NOB/2023/006 z dnia 22.03.2023 r.

Zamawiający wezwał SAFEGE do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, w tym w szczególności wezwał go do podania informacji, czy miało miejsce wadliwe wykonanie umowy nr ZIM/02/2019/002 z dnia 30.01.2019 r. zawartej pomiędzy SAFEGE a Gminą Miejską Kraków, oraz czy wykonawca ten został w okresie 2019 – 2023 roku obciążony notami z tytułu kar umownych związanych z powstaniem zwłoki w realizacji umowy lub kar mownych z innego tytułu, ze szczegółowym wyjaśnieniem, kiedy miało miejsce zaistnienie zdarzenia stanowiącego potencjalną podstawę wykluczenia, a także czy umowa, o której mowa została zrealizowana.

18 października 2024 r. SAFEGE przedłożył wyjaśnienia wraz z dowodami, tj. przekazał pismo dotyczące sposobu realizacji umowy nr ZIM/02/2019/002 z dnia 30.01.2019 r. oraz wskazał, że kary mają charakter sporny. SAFEGE przedstawił również opis dotyczący dalszej realizacji umowy, w tym w szczególności, że sam Zamawiający – Gmina Miejska Kraków, nie uznaje, aby były spełnione przesłanki do wykluczenia, a umowa jest dalej realizowana. Dodatkowo Wykonawca SAFEGE przedstawił notatkę z dnia 10.10.2024 r. podpisaną pomiędzy SAFEGE a Gminą Miejską Kraków potwierdzającą częściowe wykonanie umowy nr ZIM/02/2019/002 z dnia 30.01.2019 r. – etap określony w § 1 ust. 1 pkt. b) umowy oraz korespondencję do Zamawiającego – Gminy Miejskiej Kraków wskazującą na charakter sporny nałożonych kar umownych tj. pismo Wykonawcy SAFEGE S.A.S. z dnia 13.04.2023 r.

21 października 2024 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty SAFEGE jako najkorzystniejszej.

Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając w dniu 31 października 2024 r. odwołanie.

Przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy było ustalenie czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty SAFEGE, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, podczas gdy zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, ponieważ wykonawca ten 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.

W pierwszej kolejności należy wskazać na brzmienie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym:

„1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

(...)

7) 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;”

Jak wynika z powyższego, aby Zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę na wskazanej przez Odwołującego podstawie muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- wykonawca musiał nie wykonać lub długotrwale nie wykonywać istotnego zobowiązania,
- zobowiązanie musi dotyczyć umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,
- skutkiem niewykonania lub długotrwałego niewykonywania tej umowy jest jej wypowiedzenie, odstąpienie od niej, naliczenie odszkodowania, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady,
- działanie wykonawcy musi być zawinione.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący konieczności wykluczenia SAFEGE upatruje w tym, że w toku realizacji budowy ul. 8 Pułku Ułanów w ramach umowy o zamówienie publiczne zawartej pomiędzy tym wykonawcą a Gminą Miejską Kraków została naliczona kara umowna w wysokości 107 500 zł z uwagi na opóźnienie w realizacji zamówienia. Izba wskazuje, że aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania musi dojść do kumulatywnego spełnienia wszystkich wskazanych w przepisie przesłanek. Odwołujący w uzasadnieniu faktycznym zarzutu ograniczył się do wskazania liczby dni, za jakie została naliczona kara umowna przy zastosowaniu określonego w umowie limitu 10% wynagrodzenia netto. Nie powiązał jednak tej kary z postanowieniami umowy zawartej z Gminą Miejską Kraków, z których wynikałby odszkodowawczy charakter naliczonej kary. Nie podjął on również próby wykazania, że działanie SAFEGE było zawinione oraz że naruszenie było poważne. Istotności naruszenia Odwołujący upatruje jedynie w długości opóźnienia. Zdaniem Izby nie można się zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, że oświadczenie Gminy Miasto Kraków nie powinno mieć przy dokonywaniu przez Zamawiającego znaczenia. Dokonywał on bowiem oceny w oparciu o całą posiadaną dokumentację. Gmina Miejska Kraków nie uznała, aby były spełnione przesłanki do wykluczenia. Świadczy to o braku spełnienia przynajmniej jednej z przesłanek. Do złożonych Zamawiającemu wyjaśnień SAFEGE

przedstawił notatkę z dnia 10 października 2024 r. podpisaną pomiędzy SAFEGE a Gminą Miejską Kraków potwierdzającą częściowe wykonanie umowy. Dodatkowo wykonawca ten przedstawił korespondencję do Zamawiającego – Gminy Miejskiej Kraków wskazującą na charakter sporny nałożonych kar umownych. Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, podczas gdy to na nim spoczywał ciężar dowodowy wykazania, że w stosunku do SAFEGE wystąpiły wszystkie przesłanki zastosowania podstawy wykluczenia.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyla się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....