

## WYROK

Warszawa, dnia 9 lipca 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2024 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Drogi Mazowieckie spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Ostrołęce oraz Roberta Wierzbowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą V.R. z siedzibą Ostrołęce, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Rzewnie,

#### orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 7 czerwca 2024 r. polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego i Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

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

Gmina Rzewnie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Przebudowa dróg w gminie Rzewnie”, nr postępowania: PIROŚ.271.92024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 14 maja 2024 r., nr 2024/BZP 00323811/01.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Drogi Mazowieckie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Ostrołęce oraz R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą V.R. z siedzibą Ostrołęce, (dalej: „Odwołujący”) 12 czerwca 2024 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, pkt 8, i pkt 10 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7, pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp przez Wykluczenie Odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego się z postępowania wymienionych w przytoczonych przepisach.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący wskazał, że pismem PIROŚ.271.9.2024 przesłanym drogą elektroniczną z dnia 7 czerwca 2024 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający jako podstawę wykluczenia Odwołującego się wskazał art. 109 ust. 1 pkt 7, pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp. Podstawą faktyczną wykluczenia było rzekome nieterminowe wykonanie robót budowlanych w zakresie Umowy nr 272.5.50.2022 z dnia 02 września 2022 roku, w ramach której Odwołujący wykonał przebudowę drogi Mroczi Kawkki – Nowe Łachy (dz. ew. 111, 112, 117, 185, 177/1, 118/1, 119/3) odcinek o długości 1,842,50 km.

Odwołujący wskazał, że mimo twierdzeń Zamawiającego powyższa okoliczność nie wystąpiła. Odwołujący wyjaśnił, że wydłużenie terminu realizacji robót budowlanych nastąpiło na skutek okoliczności za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, a w dużej części okoliczności leżały po stronie Zamawiającego, w tym:

I. Przyczyny przedłużenia terminu realizacji Umowy leżące po stronie Zamawiającego: a. Zamawiający nie dysponował prawidłowym projektem budowlanym i technicznym w dniu przekazania budowy; b. Zamawiający nie dysponował pozwoleniem na budowę ani zgłoszeniem robót w dniu przekazania budowy i nie przekazał stosownych dokumentów Odwołującemu, który nie mógł rozpocząć prac zgodnie z umową, c. na terenie inwestycji były prowadzone prace polegające na wycinie i karczowaniu drzew wykonywanych przez mieszkańców tej miejscowości d. na terenie inwestycji prowadzone były prace ziemne prowadzone przez właściciela żwirowni - wobec czego Wykonawca nie mógł zacząć wykonywać prac od momentu przekazania budowy.

II. Przyczyny przedłużenia terminu realizacji Umowy wynikające z siły wyższej:

a. Realizacja Umowy była utrudniona przez niekorzystne warunki atmosferyczne niepozwalające na układanie nawierzchni bitumicznej, jak również warunki były niezgodne z SST, np. brak optymalnej wilgotności podłoża z uwagi na opady atmosferyczne. b. Niemożność prowadzenia robót budowlanych zgodnie z Umową z uwagi na prowadzone brak dostępności na rynku krajowym surowców budowlanych do realizacji zadania na skutek agresji wojskowej wobec Ukrainy oraz nałożenia sankcji na Rosję, a przez to ograniczenie importu towaru na rynek europejski. Podkreślenia wymaga, że Odwołujący - zgodnie z art. 651 k.c. - od początku informował Zamawiającego o przeszkodach i komplikacjach w prawidłowym wykonaniu robót, jakie powstawały w toku realizacji zamówienia. Odwołujący jako specjalista w swojej branży - **ROBÓT ZWIĄZANYCH Z BUDOWĄ DRÓG I AUTOSTRAD (PKD 42.11.Z)** od początku realizacji Umowy wskazywał Zamawiającemu na konieczność przedłużenia terminu zakończenia realizacji robót budowlanych do 31 maja 2023 roku. W toku realizacji Umowy, w imię dobrej współpracy Odwołujący skierował do Zamawiającego poniższe pisma, w których obszernie wskazywał na przeszkody powstałe w toku realizacji Umowy powstałe na skutek działań Zamawiającego, a także wynikające z siły wyższej, a przez to na konieczność wydłużenia terminu realizacji terminu odbioru robót budowlanych: • Zgłoszenie robót dodatkowych oraz nieuwzględnienia wszystkich prac w projekcie budowlanym z dnia 24 października 2022 roku • Wniosek o aneks do umowy 16 grudnia 2022 roku; • Protokół konieczności 27 grudnia 2022 roku; • Aneks nr 1 do Umowy nr 272.5.50.2022 z dnia 29 grudnia 2022 roku; • Wniosek o aneks do umowy 16 stycznia 2023 roku.

Odwołujący wskazał, że kluczową w jego ocenie kwestią w tej sprawie okazały się wady dokumentacji projektowej (projektu budowlanego) inwestycji sporządzonej przez Inspektora Nadzoru pełniącego równocześnie funkcję autora projektu budowlanego w zakresie niniejszej inwestycji, a działającego na rzecz Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że dostrzega przesłanki niedochowania należytej staranności przez Inspektora Nadzoru w zw. z art. 355 §2 k.c., które spowodowały konieczność przeprowadzenia prac dodatkowych pozwalających na dokończenie i oddanie całego zadania, bez których nie mógłby funkcjonować ten obiekt budowlany jakim jest droga, a przez to wydłużenie terminu realizacji zakończenia robót. Odwołujący wskazał, na oczywiste wady projektu robót budowlanych w tym m.in.

- nieuwzględnienie czasu potrzebnego na uzyskanie wilgotności optymalnej podłoża czy podbudowy tj. wysychania terenu, a przez przyjęcie oderwanych od realiów w zakresie terminu i czasu realizacji inwestycji, co stanowi bezpośrednią przyczynę przedłużenia realizacji inwestycji w porównaniu do projektu technicznego przeprowadzenia robót,

- błędne obliczenia kubaturowe, a przez to błędy oczywiste błędy kosztorysowe, które spowodowały konieczność przeprowadzenia dodatkowych robót, co stanowi bezpośrednią przyczynę przedłużenia realizacji inwestycji w porównaniu do projektu technicznego przeprowadzenia robót.

Odwołujący zwrócił uwagę, że kwestie zasadności podwyższenia wynagrodzenia o koszty konieczne do przeprowadzenia robót Wykonawcy zostały potwierdzone w Opinii Inspektora Nadzoru 16 lutego 2024 roku oraz Piśmie zamawiającego z dnia 19 lutego 2024 roku, w którym to Zamawiający, a także Inspektor Nadzoru będący równocześnie autorem projektu budowlanego w zakresie niniejszej inwestycji potwierdza zasadność kosztorysu sporządzonego przez Odwołującego.

– błędne oznaczenie odcinka inwestycji teren o wymiarach 700mb x 12m – jako „DG” (droga) na terenie, który był porośnięty drzewami. Drzewami, które przekraczały określone w art. 83f ust. 1 pkt 3a i ust. 4–20 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r., poz. 1098) warunki zgłoszenia wycinki tj. obwód pnia ustalonego na wysokości 5 Strona 8 cm przekraczał 80cm.

W związku z tym Odwołujący wyjaśnił, że wystosował do Zamawiającego pismo z dnia 24 października 2022 roku, która spowodowała konieczność wykarczowania terenu przed przystąpieniem, a robót budowlanych, a zatem opóźnienie w rozpoczęciu prac na terenie inwestycji. Nadto Wykonawca wyjaśnił, że w obawie o przeprowadzanie przez Zamawiającego bezprawnej wycinki drzew zwrócił się z Wnioskiem o udzielenie informacji publicznej 28 czerwca 2023 uzyskując informację, że przeprowadzenie wycinki nie zostało zgłoszone, zatem Zamawiający dokonując karczowania terenu działał niezgodnie z obowiązującymi przepisami, bowiem nie przewidział, że obszar objęty inwestycją jest porośnięty drzewami.

Odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca, mając na uwadze ostrożne w kontekście przebiegu współpracy podejście do prowadzenia rozmów z Zamawiającym w toku trwania umowy wielokrotnie wnosił o wydłużenie terminu realizacji umowy do dnia 31 maja 2023 roku opierając je na zgodnym z prawdą wpływie siły wyższej na terminową realizację Umowy. Wykonawca przed przystąpieniem do realizacji umowy nie mógł przewidzieć przerwania łańcuchów dostaw wywołanego zbrojną napaścią Federacji Rosyjskiej na Ukrainę. Wykonawca przewidział i uwzględnił prognozowany wpływ pandemii na realizację umowy. Nie uwzględnił jednak w chwili zawierania umowy rozpoczęcia przez Federację Rosyjską wojny napastniczej, która wywoła przerwanie łańcuchów dostaw materiałów wytwarzanych w Ukrainie i ograniczy możliwość (i polityczną dopuszczalność) sprowadzania materiałów także z terytorium Federacji Rosyjskiej. Tym samym utrudnionej realizacji siły wyższej Wykonawca upatruje również w niekorzystnych warunkach atmosferycznych niepozwalających na układanie nawierzchni bitumicznej a. jak również warunki były niezgodne z SST.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że czas realizowania przez niego robót był technologicznie konieczny z uwagi na okoliczności, które wyszły na jaw dopiero po podpisaniu umowy, zarówno w postaci siły wyższej, jak i opisane przyczynienie się Zamawiającego do wydłużenia czasu prac. Odwołujący zaznaczył, że nie była to jednak jedyna podstawa, z jakiej ma w niniejszej sprawie prawo korzystać Wykonawca, wydłużenie terminu realizacji było bowiem również wywołane opóźnieniami po stronie Zamawiającego. Kwestię tę Odwołujący wyjaśnił, że rozpatruje nie tylko przez pryzmat wpływu siły wyższej na realizację Umowy, ale również jako brak współdziałania Zamawiającego w zakresie odniesienia się do proponowanej zmiany materiału, co pozwoliłoby skrócić termin realizacji. Odwołujący wskazał, że na dzień 02 czerwca 2023 r., na skutek zgłoszenia gotowości do odbioru Wykonawcy z dnia 04 maja 2023 r., został wyznaczony termin odbioru robót budowlanych. Wówczas sporządzono dokument zatytułowany jako: Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji inwestycji: Przebudowa drogi Mroczyki-Kawki – Nowe Łachy (dz. ew. 111, 112, 117, 185, 177/1, 118/1, 119/3) odcinek o długości 1,842,50 km. W dokumencie uwzględniono zapis, zgodnie z którym roboty zostały wykonane w terminie od 2 września 2022 r. do 26 maja 2023 r.

Odwołujący podkreślił, że usterki Wykonawcy Zamawiający zgłosił już 25 kwietnia 2023, a przy zgłoszeniu z 4 maja poprawki były już usunięte i zgłoszone łącznie z przedmiotem umowy do odbioru i wówczas umowa była wykonana – wady stwierdzone podczas odbioru i usunięte nie były wadami istotnymi, które pozwalałyby na odmowę odbioru końcowego robót. Wówczas zatem roboty powinny być odebrane, ze wskazaniem wad nieistotnych do usunięcia. Należy zatem stwierdzić, że tak naprawdę przedmiot umowy był wykonany już w kwietniu, skoro Zamawiający 25 kwietnia 2023 zgłaszał drobne wady do poprawy Wykonawcy.

Następnie, Odwołujący wskazał że pismem z dnia 21 czerwca 2023 r. Zamawiający Wezwaniem z dnia 21 czerwca 2023 r. wezwał Odwołującego do zapłaty kar umownych za nieterminowe wykonanie umowy – 32 dni wyliczając kwotę obciążenia na wysokość 105.000,00 zł.

W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, że wyraził swój przepis i jednocześnie przestawił kosztorys koniecznych robót dodatkowych. Zamawiający korzystając z opinii Inspektora Nadzoru w piśmie z dnia 16 lutego 2024 oraz 19 lutego 2024 uwzględnił częściowo roszczenia Odwołującego względem Zamawiającego. Ostatecznie kwota kary umownej została skompensowana z ostatecznego wynagrodzenia Odwołującego z wystawioną przez Zamawiającego Notą księgową nr 03/06/2023 z dnia 21 czerwca 2023 r.

Odwołujący podkreślił, że wykonał umowę w całości, a Zamawiający nie zgłosił zastrzeżeń. Zamawiający na podstawie Protokołu odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji inwestycji z dnia 02 czerwca 2023 uznał wykonanie przedmiotu umowy w sposób poprawny, na skutek czego Wykonawcy na podstawie §14 ust. 1 lit b) zostało

zwrócone 70% kwoty stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania przedmiotu umowy.

Następnie, w treści odwołania Odwołujący podniósł, że wszystkie podnoszone przez Zamawiającego okoliczności zarówno na etapie realizacji Umowy nr 275.5.50.2022 jak i wskazane w piśmie Informacja o wyborze do wykonawców z dnia 07 czerwca 2023 r. jako podstawa wykluczenia oferty Wykonawcy z zamówienia publicznego pod numerem 2024/BZP 00323811/01 wskazują na rzekome zawinione nienależyte wykonywanie obowiązków przez Zamawiającego, co powoduje brak możliwości obciążenia powoda karami umownymi za opóźnienie, za które w żadnym zakresie nie odpowiada – byłoby to bowiem przeniesienie ryzyka działań Zamawiającego wyłącznie na jedną stronę Umowy, co w niniejszej sprawie nie jest możliwe, ponieważ w Umowie nr 275.5.50.2022 nie określono odpowiedzialności Wykonawcy na zasadzie gwarancyjnej. Odwołujący zaprezentował wywód, zgodnie z którym zastrzeżenie w Umowie kary umownej za opóźnienie bez wskazania dodatkowych przesłanek zmiany reżimu odpowiedzialności Wykonawcy na podstawie art. 473 §1 k.c. jest nieważne, a możliwe byłoby to tylko, jeśli powód przyjął na siebie taką rozszerzoną odpowiedzialność.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę, że Umowa przewiduje karę umowną za nienależyte wykonanie umowy z wykładni systemowej uwzględniającej konstrukcję Umowy, jak i funkcjonalnej, która wskazuje na cel konkretnych zapisów umownych wynika jasno, że Strony (a w zasadzie pozwany jako twórca wzorca umownego w postępowaniu przetargowym) miały w zamiarze określenie kary umownej nie w postaci klauzuli gwarancyjnej (zakładającej odpowiedzialność Wykonawcy za każde opóźnienie, także przez niego niezawinione lub nawet zawinione przez inne strony Umowy), a w postaci kary zastrzeżonej na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania, co implikuje w sposób bezwarunkowy konieczność zawinienia po stronie Wykonawcę i możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności w przypadku, gdy powód nie ponosi winy za okoliczności będące powodem opóźnienia umownego (art. 471 k.c.).

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, choćby z uwagi na brak zawinienia Wykonawcy, niemożliwe jest mu przypisanie odpowiedzialności za opóźnienie i naliczenie na tej podstawie kar umownych, co powoduje, że naliczenie kary umownej przez pozwanego jest całkowicie bezpodstawne i niezgodne z zapisami umownymi oraz przepisami prawa. Powyższe z kolei powoduje, że Zamawiający nie może dokonać jakiegokolwiek potrącenia w niniejszej sprawie, ponieważ jego roszczenie nie istnieje.

Odnosząc się do zastosowanej wobec Odwołującego podstawy wykluczenia, Odwołujący wskazał, że wszystkie przesłanki muszą być spełnione łącznie. Stąd też, zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie nie można uznać, że przedłużony okres trwania umowy z uwagi na okoliczności niezależne od Wykonawcy, mogą być podstawą do postawienia mu zarzutu nienależytego wykonania umowy i to w sposób kwalifikowany – wskazany w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Powołując się na orzecznictwo Izby, Odwołujący wskazał, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. to podstawa wykluczenia Wykonawcy, której zastosowanie wymaga szczególnego zaangażowania się Zamawiającego w ocenę podmiotową. Zamawiający winien wszechstronnie zbadać przedstawione mu przez Wykonawcę okoliczności, ustalić, że po pierwsze doszło do rozwiązania umowy. Następnie konieczne jest wykazanie, że powody rozwiązania umowy miały miejsce z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, czyli jego działań lub zaniechań w ramach ocenianego zobowiązania umownego. Działania lub zaniechania Wykonawcy doprowadziły do niewykonania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu zobowiązania albo jego długotrwałego nienależytego wykonania, a elementy te były dla zobowiązania wynikającego z umowy istotne (wyrok z dnia 14 marca 2022 r. KIO 375/22).

Odwołujący wskazał, że przy ocenie należy wziąć pod uwagę także okoliczności, wskazane w dyrektywie 2014/24/UE uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, w tym wystąpienie poważnych braków w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów określonych w umowie, które mogą wystąpić w postaci niedostarczenia produktu, znaczących wad dostarczonego produktu, powodujących ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem. Przepis art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywy klasycznej), którego implementację stanowi art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., przesądza, że chodzi tu nie tylko o istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do zakresu przewidzianego umową, ale również o niespełnienie przez wykonawcę świadczenia, w sposób odpowiadający istotnym dla zamawiającego wymogom wynikającym z tej umowy. W niniejszej sprawie przedmiot umowy jest dopuszczony do użytkowania jako zdatny do użytku, a opóźnienie wykonania umowy niezależne od Wykonawcy i drobne usterki wskazane przy „pierwotnym” odbiorze (który powinien być odbiorem końcowym) nie mogą stanowić podstawy do braku odbioru a następnie wykluczenia.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że Zamawiający niewystarczająco uzasadnił wykluczenie Wykonawcy w swojej decyzji.

Odwołujący podkreślił, że skoro art. 109 ust. 1 pkt 7 ma charakter sankcyjny, to jego stosowanie musi być interpretowane ściśle, zatem występuje po pierwsze zakaz wykładni rozszerzającej, a po drugie od Zamawiającego wymaga się, aby dokładnie i konkretnie udowodnił okoliczności będące podstawą wykluczenia.

W ocenie Odwołującego wszystkie wskazane wyżej fakty jasno wskazują, że Zamawiający nie miał podstaw do

wykluczenia Odwołującego, a czynności Zamawiającego mają jedynie związek z nieskrywaną niechęcią powstała na skutek wydłużenie terminu realizacji Umowy nr 272.5.50.2022, a także działaniami odwetowymi. Także sama forma wykluczenia Odwołującego jest sprzeczna z obowiązującymi w tym zakresie zasadami i orzecznictwem. To na Zamawiającym ciążyło wskazanie przyczyn wykluczenia i ich udowodnienie w sposób obiektywny, a nie poprzestanie na swoich własnych jednostronnych twierdzeniach. Odwołujący powołał się obszernie na orzecznictwo Izby.

W zakresie zastosowanej przez Zamawiającego podstawy wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, że Zgodnie z literalną treścią przepisu Wykonawca będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli informacje nieprawdziwe będzie podawał w wyniku działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa. Niezbędne do podjęcia czynności wykluczenia jest więc ustalenie, że wykonawca działał umyślnie – z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd – lub też wprowadził nieumyślnie, jednak z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności (wyrok KIO z 9.01.2020 r., KIO 2630/19).

Także w przypadku tej podstawy wykluczenia musi dojść do łącznego spełnienia wszystkich przesłanek z tego przepisu łącznie, zaś ciężar ich udowodnienia leżał po stronie Zamawiającego.

Dla Odwołującego oczywistym jest że w tej sprawie nie można przypisać Wykonawcy, ani przymiotu umyślności ani rażącego niedbalstwa. Zdaniem Odwołującego nie można oczekiwać od Odwołującego że wbrew oczywistym faktom i zasadności stwierdzi, że podlega wyłączeniu gdy stan faktyczny wskazuje na oczywistą bezzasadność odrzucenia oferty Odwołującego. Oświadczenie wykonawcy, iż Odwołujący podlega wykluczeniu w świetle przedstawionych powyżej przepisów jest w rzeczywistości poświadczeniem nieprawdy. W tej sprawie jedynym podmiotem Strona 16 podającym nieprawdziwe okoliczności i wprowadzającym w błąd jest Zamawiający, bowiem ma on świadomość, wad projektu budowlanego i technicznego, a także okoliczności na skutek siły wyższej z równoczesną wiedzą co do prawidłowości wykonania robót budowlanych przez Odwołującego, co potwierdza bez niezawierający uwag protokół odbioru końcowego robót i przekazania do eksploatacji inwestycji.

Odwołujący wskazał, że również art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania wobec Odwołującego, gdyż Odwołujący realizował przedmiot Umowy rzetelnie posiłkując się swoją najlepszą wiedzą, a także z należytą starannością informował Zamawiającego o wszelkich trudnościach występujących w toku realizacji inwestycji. Należy podkreślić, że Odwołujący mimo błędów dokumentacji projektowej był zmuszony podjąć decyzję i przeprowadzić konieczne roboty dodatkowe dążąc do sfinalizowania inwestycji.

Do odwołania zostały załączone następujące dowody:

- 1) Odpis z KRS Odwołującego,
- 2) Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 14 maja 2024 roku,
- 3) Oferta odwołującego z dnia 29 maja 2024 roku,
- 4) Potwierdzenie złożenia oferty (automatycznie wygenerowana wiadomość e-mail) z dnia 29 maja 2024 roku,
- 5) Informacja z otwarcia ofert z dnia 29 maja 2024 roku,
- 6) Specyfikacja warunków zamówienia,
- 7) Informacja o wyborze wykonawców i wykluczeniu z postępowania z dnia 7 czerwca 2024 roku,
- 8) Umowa nr 272.5.50.2022 z dnia 02 września 2022 roku,
- 9) Zgłoszenie robót dodatkowych oraz nieuwzględnienia wszystkich prac w projekcie budowlanym z dnia 24 października 2024 roku,
- 10) Wniosek o aneks do umowy 16 grudnia 2022 roku,
- 11) Protokół konieczności 27 grudnia 2022 roku,
- 12) Aneks nr 1 do Umowy nr 272.5.50.2022 z dnia 29 grudnia 2022 roku,
- 13) Wniosek o aneks do umowy 16 stycznia 2023 roku,
- 14) Wezwanie Odwołującego do wykazania braku winy w przekroczeniu terminu realizacji umowy 03 kwietnia 2023 roku,
- 15) Wniosek o aneks do umowy 13 kwietnia 2023 roku,
- 16) Ponowne wezwanie do natychmiastowego rozpoczęcia przerwanych robót z dnia 24 kwietnia 2023 roku,
- 17) Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji inwestycji 02 czerwca 2023 roku,
- 18) Wniosek o aneks do umowy z dnia 10 maja 2023 roku,
- 19) Protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji inwestycji 02 czerwiec 2023 roku,
- 20) Opinia Inspektora Nadzoru Inwestycyjnego 15 czerwca 2023 roku,
- 21) Aneks nr 2 z dnia 02 września 2023 roku do Umowy wraz z korespondencją mailową pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym,
- 22) Wezwanie do zapłaty kar umownych 21 czerwca 2023 roku wraz z Notą księgową nr 03/06/2023,
- 23) Wniosek o udzielenie informacji publicznej 28 czerwca 2023 roku wraz z odpowiedzią organu,
- 24) Oświadczenie o potrąceniu z dnia 03 lipca 2023 roku,
- 25) Korespondencja mailowa z dnia 17-18 lipca 2023 r. między Zamawiającym, a Odwołującym,

- 26) Odpowiedz na wezwanie z dnia 15 stycznia 2024 roku,
- 27) Pismo Odwołującego z dnia 15 stycznia 2024 roku wraz z kosztorysem,
- 28) Opinia Inspektora Nadzoru 16 lutego 2024 roku,
- 29) Pismo zamawiającego z dnia 19 lutego 2024 roku,
- 30) Pismo Zamawiającego - zwrot faktury z dnia 11 marca 2024 roku,
- 31) Faktury wystawione przez Wykonawcę wraz z potwierdzeniami przelewów przychodzących,
- 32) Potwierdzenie przelewu przychodzącego - ZWROT 70 % ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY NR 29.06.2023.

W złożonej pismem z 21 czerwca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że podstawą oddalenia powinno być zaniechanie po stronie Odwołującego wykazania że zaszyły przesłanki wskazane w art. 505 ustawy Pzp, celem uzasadnienia tego stanowiska Zamawiający obszernie powołał się na orzecznictwo.

Następnie, Zamawiający wskazał że odwołanie ma wadliwą konstrukcję, ponieważ Odwołujący wadliwie oznaczył zakres zaskarżenia. Zamawiający zwrócił na zaniechanie zaskarżenia sformułowania zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

W dalszej części pisma Zamawiający odniósł się do zarzutów odwołania i zaprezentował argumentację za prawidłowością zaskarżonej czynności.

Do odpowiedzi na odwołanie zostały załączone dowodów w postaci maila z 30 marca 2023 od Inspektora Nadzoru do wykonawcy spornego zadania.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.**

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne. Jak wynika z treści Informacji z otwarcia ofert z 29 maja 2024 r. Odwołujący zaoferował najniższą cenę za realizację zamówienia tj. 6 225 000, 00 zł oraz 60 miesięcy okresu gwarancji. Stąd też jego oferta zajmowała pierwsze miejsce w rankingu złożonych ofert. W tych okolicznościach, nie sposób uznać aby przesłanki z art. 505 ustawy Pzp nie zostały spełnione i nie przeczy temu okoliczność, że w treści odwołania Odwołujący nie uzasadnił wprost, że posiada interes i może ponieść szkodę. W tym zakresie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie. Interes i szkoda nie są bowiem przesłankami formalnymi odwołania lecz przesłankami materialnoprawnymi. Natomiast sam przepis art. 505 ustawy Pzp ma charakter normy generalnej. Gdyby każdorazowo obowiązkiem odwołujących było uzasadnienie w treści odwołania, że mają interes i mogą ponieść szkodę, wówczas przepis miałby inną treść. Ponadto, Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego jakoby przesłanki z art. 505 ustawy Pzp nie zostały przez Odwołującego wykazane. Odwołujący do odwołania załączył m.in. odpis KRS, informację z otwarcia ofert, złożoną w postępowaniu ofertę, a także informację o wyorze oferty i ofertach odrzuconych. Zatem w ocenie Izby Odwołujący powołał okoliczności faktyczne, z których wynika jego interes i szkoda. W tych okolicznościach Izba uznała, że spełniona została materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania, o której mowa w art. 505 ustawy Pzp.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Zgodnie z treścią rozdziału VI pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), Zamawiający przewidział w tym postępowaniu podstawy wykluczenia wskazane w treści art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z rozdziałem VII SWZ wraz z ofertą należało złożyć m.in. oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw wykluczenia – zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ, co wynika wprost z rozdziału VII pkt 1 SWZ.

Na podstawie treści oferty Odwołującego, Izba ustaliła, że złożył on powyższe oświadczenie, z treści którego wynika m.in., że oświadczył on iż nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp. Oświadczenie zostało złożone przez wykreślenie postanowień, które się do Odwołującego nie odnosiły

(jak stanowiła adnotacja na wzorze załącznika nr 3).

7 czerwca 2024 r., Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO BUDOWY I UTRZYMANIA DRÓG Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołując na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie: „Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.”. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy: „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.”. Wraz z ofertą Wykonawca przedłożył oświadczenie Lidera oraz Uczestnika konsorcjum, składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy dotyczące podstaw wykluczenia z postępowania i spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z treści przedłożonych oświadczeń wynika, iż Wykonawcy nie podlegają wykluczeniu m.in. z powodu określonego w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Wskazać należy, iż lider konsorcjum realizował na rzecz Gminy Rzewnie umowę nr 272.5.50.2022 z dnia 2 września 2023 r., której przedmiotem było wykonanie robót budowlanych „Przebudowa drogi Mroczi Kawki – Nowe Łachy (dz. ew.111,112,117,185,177/1,118/1,119/3), odcinek o długości 1,842,50 km. Wykonawca zgłosił gotowość odbioru Zamawiającemu w dniu 4 maja 2023 r. Zamawiający w dniu 12 maja 2023 r. stwierdził, iż roboty budowlane nie są gotowe do odbioru z powodu ich niezakończenia oraz z powodu wystąpienia istotnych wad. W dniu 26 maja 2023 r. Wykonawca ponownie zgłosił gotowość odbioru robót, który to odbiór został dokonany w dniu 2 czerwca 2023 r. Z uwagi na powyższe na Wykonawcę nałożono karę umowną za zwłokę w realizacji przedmiotu zamówienia za okres 32 dni zwłoki w kwocie  $[700\ 000,00\ \text{zł} \text{ (kwota łącznego wynagrodzenia brutto wskazanego w umowie)} \times 0,5\% \times 32 \text{ (dni zwłoki)} = 112.000,00\ \text{zł}]$ . Z uwagi na zastrzeżenie w umowie, iż wysokość kary umownej za zwłokę nie może przekroczyć 15% ograniczono wysokość nałożonej kary umownej do kwoty 105.000,00 zł. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14 marca 2022 r. (KIO 449/22): „odwołujący - który wiedział, że znajduje się w sporze z zamawiającym, który naliczył mu niebagatelną karę umowną za nienależyte wykonanie umowy w zakresie terminowości i nie uznał wniesionego przeciwko niemu powództwa - nie mógł obiektywnie twierdzić, a nawet przypuszczać, że naliczona kara pozostaje bez znaczenia dla oceny przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych. Przeciwnie, każdy rzetelnie działający wykonawca ma świadomość, że prawidłowym i powszechnie przyjętym w obrocie sposobem wypełniania JEDZ jest transparentne podanie okoliczności dotyczących naliczania kar, które mogą zostać kwalifikowane przez art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych i ewentualne opisanie swojego stanowiska w tym zakresie, co JEDZ umożliwia - także, gdy wykonawca jest przekonany, że nie powinien zostać wykluczony z przetargu.”. Przenosząc powyższy wyrok na grunt przedmiotowej sprawy Wykonawca na którego Gmina Rzewnie nałożyła niebagatelną karę umowną (której wysokość została ograniczona z uwagi na przekroczenie maksymalnych kar umownych przewidzianych w umowie, zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy), który zgłosił gotowość do odbioru robót niewykonanych oraz w których występowały wady istotne, zobowiązany był wraz z ofertą w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy przedstawić zamawiającemu informację o tych okolicznościach a także skorzystać z instytucji samooczyszczenia, czego jednak nie uczynił. „Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO umożliwienie wykonawcy przedstawienia samooczyszczenia na każdym jego etapie, pomimo świadomości Wykonawcy co do wystąpienia przesłanki wykluczenia już na moment składania pierwotnego JEDZa, niewątpliwie prowadziłoby do zaburzenia tego ciągu czynności i naruszenia zasady przejrzystości postępowania, a także zasady równego traktowania wykonawców (wyrok KIO z 8 listopada 2022 r., KIO 2798/22)”. Przechodząc do wykazania zasadności zastosowania w niniejszej sprawie art. 109 ust. 1 pkt 7 wskazać należy: „Art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej. Art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej upoważnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej uprzedniej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.” (Komentarz UZP). Wskazać należy, iż lider konsorcjum Drogi Mazowieckie Sp. z o.o. sp. k. nienależycie wykonał w/w umowę realizowaną na rzecz Gminy Rzewnie, a nienależyte wykonanie wynikało z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Wykonawca dopuścił się rażącej zwłoki w realizacji zamówienia (32 dni zwłoki), zgłosił gotowość do odbioru niewykonanych robót, które dodatkowo zawierały wady istotne. W komentarzu UZP wskazano: „Niedociągnięcie w spełnianiu wymogu” zostało transponowane jako „niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Przepis odnosi się zarówno do przypadków całkowitego niewykonania zobowiązania, jak i do nienależytego wykonania zobowiązania polegającego w szczególności na spełnieniu świadczenia bez zachowania terminu, miejsca, rozmiaru, sposobu lub jakości.”. Stopień nienależytego wykonania zobowiązania umownego przez Wykonawcę był niewątpliwie znaczny. Zgodnie

z Komentarzem UZP: „Według kryteriów jakościowych stopniować można nienależyte wykonanie zobowiązania. Stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest niewątpliwie znaczący, jeżeli zachowanie wykonawcy wykazuje na poważne niedbalstwo, polegające na znacznym odchyleniu się od wzorca należytej staranności. Według ustawodawcy europejskiego poważnym brakiem w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześniejszego zamówienia jest np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie podające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy (por. motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej)”. Znaczny stopień nienależytego wykonania umowy wynikał z dopuszczenia się przez Wykonawcę rażącej zwłoki w realizacji zamówienia (32 dni zwłoki), zgłoszenia gotowości do odbioru niewykonanych robót, które dodatkowo zawierały wady istotne. W szczególności zachowanie Wykonawcy polegające na zgłoszeniu gotowości do odbioru robót nie wykonanych należy kwalifikować jako zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Dodatkowo jako poddające w wątpliwość wiarygodność Wykonawcy należy wskazać, iż w toku realizacji przedmiotowych robót występowały okresy długotrwałego braku kontaktu z Wykonawcą (brak możliwości kontaktu telefonicznego, brak odpowiedzi na pisma itp.). Wskazać należy, iż zwłoka w realizacji zamówienia polegającego na przebudowie drogi dotyczy niewątpliwie istotnego zobowiązania umownego, gdyż Zamawiający zawsze dąży do jak najszybszej realizacji takich zamówień z uwagi na utrudnienia dla mieszkańców związane z ich realizacją. Kara umowna to inaczej odszkodowanie umowne, bowiem w zobowiązaniach umownych z zasady swobody umów należy wywieść, że strony mogą umówić się i ustalić zakres i sposób naprawienia szkody w przypadkach nie wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania dłużnika - takie właśnie zastrzeżenie umowne, co do odszkodowania to kara umowna. Z uwagi na powyższe uznać należy, iż Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP oraz podlega odrzuceniu na PIROŚ.271.9.2024 Informacja o wyborze Strona 5/6 podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy. Wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.”. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”. Wraz z ofertą Wykonawca przedłożył oświadczenie Lidera konsorcjum, składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy dotyczące podstaw wykluczenia z postępowania i spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z treści przedłożonego oświadczenia wynika, iż Wykonawca nie podlega wykluczeniu m.in. z powodu określonego w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Jak wykazano powyżej Wykonawca podlega wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Z uwagi na powyższe uznać należy, iż Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. Niewątpliwie takie działanie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego tj. mogło skutkować niezgodnym z prawem wyborem oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. Działanie Wykonawcy niewątpliwie wprowadza Zamawiającego w błąd. Jak wskazuje się w Komentarzu UZP: „Po pierwsze, zamawiający musi zostać wprowadzony w błąd. Błąd to rozbieżność między obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu. Może on polegać na fałszywym wyobrażeniu istnienia pewnych okoliczności lub cech stanu rzeczy, które w rzeczywistości nie występują, lub na nieświadomości występujących w rzeczywistości okoliczności. Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych, lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego.”. „Po pierwsze, wprowadzenie w błąd musi być wynikiem „zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa”. Po drugie, wprowadzenie w błąd miało lub „mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”. Uznać należy, iż działanie wykonawcy wynikało z zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa oraz mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Jak wskazuje się w Komentarzu UZP: „Wprowadzenie w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji oferta lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegałyby odrzuceniu.”, co miało sytuację w niniejszym postępowaniu. Z uwagi na powyższe oferta Wykonawcy podlega również wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy oraz podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy.”.

#### **Izba zważyła co następuje.**

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie z następujących powodów.

Całokształt sprawy, w tym okoliczności wynikające z uzasadnienia czynności z 7 czerwca 2024 odnoszącej się do wykluczenia Odwołującego, okoliczności podniesione w odwołaniu, w tym wynikające z załączonego do niego dokumentów, a także kwestie wskazane w odpowiedzi na odwołanie, pozwalają na wysnucie wniosku, że w czynności z 7 czerwca 2024 r. Zamawiający wybiórczo i pobieżnie opisał okoliczności, z których wywodzi ziszczenie się przesłanek zastosowania dyspozycji z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający zupełnie pominął analizę okoliczności towarzyszących realizacji spornego zadania i ich ocenę w kontekście przesłanek ww. podstawy wykluczenia, a w konsekwencji nie uzasadnił i nie wykazał tym samym, w ocenie Izby w sposób niewątpliwy, że zachodzą wobec Odwołującego zastosowane przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp.

W zakresie uwag ogólnych, Izba za zasadne uznała przypomnienie, że zastosowane przez Zamawiającego przesłanki wykluczenia nakładają na stronę która powołuje się na ich ziszczenie, obowiązek wykazania, że zaszły łącznie wszystkie okoliczności o jakich mowa w tych przepisach. Innymi słowy, Zamawiający, który w tym postępowaniu powołał się na spełnienie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp miał obowiązek wykazać, że zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki wynikające z ich treści. Co więcej, uzasadnienie powinno być sporządzone na takim poziomie, aby wykazanie tych przesłanek nie budziło wątpliwości, w szczególności w sytuacji, gdy okoliczności realizacji zamówienia nie wskazują na jego idealny przebieg i istnieją między stronami kwestie sporne.

Sporna realizacja odbywała się na podstawie umowy z 2 września 2022 r. zawartej na okres 3 miesięcy tj. do dnia 2 grudnia 2022 r. Cena została ustalona na 700.000,00 zł brutto. 24 października 2022 r. wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o sporządzenie protokołu konieczności. 16 grudnia 2022 r. wykonawca zwrócił się do Zamawiającego o podpisanie aneksu do umowy i zmianę terminu realizacji na 31 maja 2023 r. podając uzasadnienie. 27 grudnia 2022 r. podpisano protokół konieczności z jego treści wynika, że miało to miejsce w odpowiedzi na pismo z 16 grudnia 2022 r. Aneks nr 1 został podpisany 29 grudnia 2022 r. z jego treści wynika, że strony ustaliły iż termin wykonania umowy z §2 ust. 2 umowy ulega zmianie na „do dnia 27 stycznia 2023 r.”, z zastrzeżeniem że wprowadzono ust. 2a zgodnie z którym wydzielono zadanie 1 polegające na wykonaniu prac ziemnych oraz całej przebudowy z wyłączeniem nawierzchni bitumicznej, oznakowania pionowego poboczy i zjazdów do dnia 29 grudnia 2022 r. oraz zadanie nr 2 obejmujące pozostałe prace z ustalonym terminem ich wykonania na 27 stycznia 2023 r. pismem z 3 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia dowodów mających świadczyć o braku możliwości wykonania robót w terminie zaznaczając, że powinno z nich wynikać że warunki pogodowe jakie wystąpiły od czasu zawarcia aneksu nr 1 nie pozwalały wykonać zamówienia w terminie. Wezwanie z 24 kwietnia 2024 r. dotyczyło natychmiastowego podjęcia robót budowlanych w związku z przekroczeniem terminu z winy wykonawcy.

10 maja 2023 r. wykonawca zwrócił się o aneks do umowy wnosząc o zmianę terminu na 31 maja 2023 r., podnosząc że wystąpiły niekorzystne warunki pogodowe, a ponadto załączając dowody, że w miesiącach styczeń (30dni), luty (28dni), marzec (30dni) oraz kwiecień (30dni) wystąpił brak możliwości prowadzenia robót, co zostało oświadczone przez kierownika budowy. Wykonawca argumentował, że uniemożliwiło to realizowanie prac bitumicznych. Ponadto wykonawca wskazał na inne przyczyny, tj. harmonogram prac prowadzonych na innych budowach i na okoliczność, że prace prowadzone na terenie budowy przez Zamawiającego uniemożliwiły mu prowadzenie przez niego prac, co wywołało opóźnienie o 60 dni, co przypadło na okres w korzystnych warunkach pogodowych. Dodatkowo wykonawca powołał się na trudności w pozyskaniu asfaltu potrzebnego do realizacji prac i opisał na czym polegały trudności.

2 czerwca 2023 r. spisano protokół odbioru końcowego i przekazania do eksploatacji inwestycji, z treści którego wynika że:

- inwestycja posiada charakterystykę zgodną z dokumentacją powykonawczą;
- roboty wykonano w czasie od 2 września 2022 r. do 26 maja 2023 r.;
- 4 maja 2023 r. wykonawca zgłosił gotowość odbioru robót ale podczas odbioru stwierdzono wady, które zostały usunięte 26 czerwca 2023 r.;
- Roboty zostały wykonane zgodnie z umową i kosztorysami powykonawczymi;
- Jakość wykonania robót – dostateczna;
- Inwestycja spełnia warunki do odbioru końcowego;
- Inwestycja odpowiada przeznaczeniu i jest gotowa do użytku (eksploatacji) oraz przyjmuje inwestycje od wykonawcy z dniem 2 czerwca 2023 r.

Inspektor Nadzoru Inwestorskiego w opinii z 15 czerwca 2023 r. wskazał „Na podstawie przedłożonych dokumentów przez Wykonawcę dotyczących udokumentowania warunków pogodowych w okresie do 9 kwietnia 2023 r. oraz wymagań określonych w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, potwierdzam niniejszym, jako uzasadniony wniosek Wykonawcy o braku możliwości zrealizowania robót w okresie do 9 kwietnia 2023 r. przy spełnieniu wymaganych warunków pogodowych na wykonanie robót zgodnie ze STWiOR.”. Ponadto z opinii tej wynika, że:

- Odbiorem częściowym z końca grudnia 2022 r. zostały odebrane roboty w zakresie od poz. 2 do poz. 7

kosztorysami powykonawczymi z 100%, a w zakresie poz. 1 w okolo – 50% o wartości brutto 400.001,20 zł  
W tym miejscu Izba wskazuje, że powyższe znajduje potwierdzenie w złożonym przez Odwołującego wyciągu bankowym potwierdzającym przelew wynagrodzenia na powyższą kwotę, co miało miejsce 29 grudnia 2022 r.

- W pkt 3 tej opinii wskazano pozostałe do wykonania prace

- W pkt 4 Inspektor wskazał że czas niezbędny do ich realizacji to 10 dni roboczych bez sobót i niedziel tj. od 11.04.2023 do 24.04.2023 r.

Jak wynika ze stanu sprawy data 24 kwietnia 2023 r. służyła następnie Zamawiającemu jako punkt odniesienia do wyliczenia kary umownej za zwłokę.

Pismem z 19 lutego 2024 r. Zamawiający uznał za zasadne roszczenie o wynagrodzenie za roboty dodatkowe na odcinku wydłużonego zjazdu w bok na długości 55,50 nb o wartości robót 21 281, 61 zł. Powyższe zostało potwierdzone opinią Inspektora Nadzoru z 15 lutego 2023 r.

Z wyciągów bankowych załączonych przez Odwołującego wynika, że 7 marca 2023 r. została przelana kwota 21 281,61zł oraz kwota 194 9998,80 zł z tytułu budowy, Zamawiający dokonał też potrącenia naliczonej kary umownej.

Podstawą naliczenia kary umownej był § 15 ust. 1 lit. d umowy z 2 września 2022 r. Zgodnie z tym postanowieniem wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie nieterminowego wykonania przedmiotu umowy w zakresie terminów określonych w §2 ust. 2 w wysokości 0,5% sumy wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §9 ust. 1 a za każdy dzień zwłoki nie więcej niż 15% tego wynagrodzenia. Kara ta została nałożona pismem z 21 czerwca 2023 r.

Jak wynika z powyższych ustaleń Izby, realizacja zadania przebiegała dość burzliwie. Z uzasadnienia czynności Zamawiającego z 7 czerwca 2024 r. nie wynika, aby ta okoliczność została przez Zamawiającego jakkolwiek wzięta pod uwagę. Niemniej jednak ustalony wyżej w parciu o przedstawione przez strony dowody stan faktyczny nie pozwala na wniosek, aby podane przez Zamawiającego uzasadnienie wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzało, że wystąpiły przyczyny leżące po stronie wykonawcy. Zwrócić tu należy uwagę, że wykonawca kilkakrotnie sygnalizował Zamawiającemu różnego rodzaju przeszkody w realizacji zamówienia, a z załączonych dla Izby dowodów nie wynikają powody dla których część tych argumentów nie została przez Zamawiającego oceniona. Nie wynika to również z uzasadnienia czynności z 7 czerwca 2024 r., gdzie Zamawiający ograniczył się tylko do stwierdzenia, że nałożył na wykonawcę kartę z tytułu zwłoki. Znamienne jest podejście Zamawiającego, który możliwość ewentualnej zmiany terminu realizacji umowy, w tym wykazania braku winy upatrywał tylko w ewentualności wystąpienia niekorzystnych warunków atmosferycznych. Tymczasem Odwołujący wskazywał szereg innych powodów wystąpienia opóźnienia. Nie jest dla Izby jasne czemu podnoszone przez wykonawcę w kierowanych pismach trudności z pozyskaniem materiałów nie zostały przez Zamawiającego w ogóle skomentowane. Zamawiający nie odniósł się do dowodów przedstawionych przez Odwołującego. Izba dostrzega, że przesłankę przyczyn leżących po stronie wykonawcy Zamawiający zdaje się utożsamiać z faktem naliczenia kary za zwłokę, niemniej jednak skoro w tych okolicznościach sprawy jest to kwestia między stronami sporna, to nie jest wystarczające zdaniem Izby ograniczenie wykazania tej przesłanki wykluczenia tylko do wskazania na naliczenie kary za zwłokę.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności z 7 czerwca 2024 r. wskazał, że znaczny stopień niewykonania zamówienia wynika z dopuszczenia się zwłoki wynoszącej 32 dni oraz z wysokości naliczonej z tego powodu kary umownej. Jednak odnosząc się do takiej argumentacji Izba wskazuje, że z ogółu okoliczności w tej sprawie wynika, że realizacja miała się odbyć w terminie od 2 września 2022 r. do 24 kwietnia 2023 r. tj. 235 dni. Natomiast przekroczenie terminu nastąpiło o 32 dni, co stanowi ok 13%. Przy czym naliczona kara umowna wynosi 15% wynagrodzenia umownego. Stąd wykazanie przesłanki znacznego stopnia niewykonania z przekroczeniem tego terminu jest dla Izby w okolicznościach tej sprawy mało przekonujące.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że 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.

Mając na uwadze powyższe, w zakresie sposobu wykazania przez Zamawiającego przesłanki przyczyn leżących po stronie wykonawcy, stopnia nienależytego wykonania zobowiązania umownego oraz naliczenia odszkodowania, wynika że Zamawiający upatruje wystąpienia tych przesłanek w dopuszczeniu się zwłoki wynoszącej 32 dni oraz zgłoszeniu do odbioru robót, które były niewykonane i zawierały wady istotne.

Z treści uzasadnienia można wywnioskować, że ziszczenia się wszystkich przesłanek wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający upatruje tylko w powyższych okolicznościach pomijając jednocześnie, że wady, na które jak wykazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zwrócono wykonawcy uwagę, zostały przez niego następnie usunięte, co skutkowało obiosem końcowych tych robót. Podniesiona w uzasadnieniu z 7 czerwca 2024 r. kwestia utrudnionego

kontaktem z wykonawcą jest na tym etapie gołosłownym stwierdzeniem Zamawiającego, niepopartym żadnymi dowodami w postaci chociażby korespondencji pozostawionej przez odpowiedzi, czy jakiegokolwiek reakcji ze strony wykonawcy. Zamawiający nawet nie pokusił się o opisanie jakichkolwiek okoliczności z tym związanych. Zatem w zasadzie, w zdaniem Izby, ocenie podlega okoliczność dopuszczenia się realizacji zamówienia po terminie liczonego od 24 kwietnia 2024 r. tj. 32 dni. Izba nie neguje, że dotyczyło to istotnego zobowiązania, ponieważ rzutowało na możliwość użytkowania przedmiotu umowy. Jednocześnie Zamawiającemu została zapłacona kara umowna (potrącenie). Jednak w ocenie Izby Zamawiający zaniechał wykazania, że termin został przekroczony w znacznym stopniu, mimo że w uzasadnieniu czynności właśnie w przekroczeniu terminu Zamawiający upatruje znaczny stopień nienależytego wykonania zobowiązania. Przy czym naliczona kara umowna wynosi 15% wynagrodzenia umownego. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby Zamawiający nie wykazał przesłanki odnoszącej się do znacznego stopnia nienależytego wykonania zamówienia.

Reasumując, w ocenie Izby Zamawiający w treści uzasadnienia czynności z 7 czerwca 2024 r. nie wykazał w sposób niewątpliwy, aby ziszczył się przesłanki zastosowania podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W zakresie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp w ocenie Izby Zamawiający zastosował te podstawy wykluczenia jako konsekwencję uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Tymczasem, w okolicznościach tej sprawy, mając na uwadze niewykazanie przez Zamawiającego ziszczenia się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, nie mogą one mieć wobec Odwołującego zastosowania. Zamawiający bowiem nie wykazał, aby przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp miała wobec Odwołującego zastosowanie, stąd też nie sposób czynić Odwołującemu zarzut, że wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając mu oświadczenie o treści wskazanej w załączniku nr 3 załączonym do oferty. Odnosząc się do przywołanego w uzasadnieniu z 7 czerwca 2024 r. wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 449/22 Izba zwraca uwagę, że wyrok ten został wydany w odmiennym stanie faktycznym. Postępowanie, na gruncie którego zapadł ten wyrok prowadzone było powyżej tzw. progów unijnych, a problem dotyczył wypełnienia JEDZ w sekcji odnoszącej się do zadanych tam pytań. Nie można więc przenosić wprost wniosków z tego orzeczenia na grunt tej sprawy, gdzie postępowanie jest prowadzone w innym reżimie prawnym, a wykonawcy zobowiązani byli wypełnić formularz na określonym przez Zamawiającego wzorze.

W konsekwencji uwzględnienia powyższych zarzutów, oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy. W konsekwencji Izba nakazała unieważnienie czynności wynikających z pisma z 7 czerwca 2024 r. oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert. Izba wskazuje przy tym, że o uwzględnieniu odwołania zadecydowały kwestie formalne, tj. ustalenie, że w uzasadnieniu czynności Zamawiający nie wykazał przesłanek zastosowania sankcji z art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp. Izba tym samym nie przesądziła, że te przesłanki nie mają wobec Odwołującego w tym postępowaniu zastosowania. Jest to bowiem czynność Zamawiającego i nie jest rolą Izby wykonywać tę czynność za Zamawiającego.

Odnosząc się w tym miejscu do stanowiska Zamawiającego dotyczącego wadliwej konstrukcji zarzutów z uwagi na zaniechanie podniesienia naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp, Izba wskazuje, że w okolicznościach tej sprawy ta podstawa odrzucenia oferty była konsekwencją ustalenia, że Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp. Stąd też Izba za zasadne uznała stanowisko Odwołującego, że w przypadku potwierdzenia się, że Zamawiający naruszył art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp, czynność odrzucenia oferty na podstawie 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp w zw. z 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp będzie nieprawidłowa.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1) związku z § 2 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2) lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca:.....