

WYROK

Warszawa, dnia 12 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2024 r. przez wykonawcę **Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Białolecki Ośrodek Sportu w Warszawie**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2144/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Białolecki Ośrodek Sportu w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa nowej hali sportowej przy ul. Strumykowej 21 w Warszawie”, nr ref. BOS-MD/BZP-Rb/3/2024.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00261176/01 w dniu 27 marca 2024 r.

W dniu 19 czerwca 2024 r. wykonawca Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, dotyczących oceny podmiotowej Odwołującego w zakresie wystąpienia przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- **art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 16 pkt 2 PZP** poprzez błędne uznanie, że Odwołujący powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania w związku z faktem, iż rzekomo z przyczyn leżących po jego stronie długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z trzech wcześniej zawartych umów o udzielenie zamówienia publicznego, tj. umowy zawartej z Gminą Czernice w ramach zamówienia pn. „Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Dobrzykowicach Etap A - Przedszkole i Etap B – Szkoła, umowy zawartej z zamawiającym Tramwaje Śląskie S.A. w ramach zamówienia pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo- sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86- zadanie nr 3 oraz umowy zawartej z Gminą Miejską Mielec w ramach zamówienia pn. „Budowa hali sportowej na terenie MOSiR przy ul. Solskiego 1 w Mielcu, co miało doprowadzić do wykonawstwa zastępczego oraz naliczenia kar umownych, na podstawie czego Zamawiający doszedł do wniosku, że w związku z tym oferta Odwołującego powinna podlegać odrzuceniu z Postępowania, **podczas gdy** okoliczności na podstawie których doszło do wykonawstwa zastępczego oraz naliczone zostały kary umowne w ramach trzech ww. umów o udzielenie zamówienia publicznego nie wchodzą w zakres zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, ponieważ skorzystano z tych instytucji w sposób niezasadny oraz z przyczyn nie leżących po stronie Odwołującego, czego Zamawiający nie uwzględnił opierając się wyłącznie na informacjach przekazanych przez zamawiających, którzy udzielili trzech ww. zamówień uzupełnionych przez własną błędną ocenę dokumentów przekazanych przez Odwołującego;

oraz ewentualnie

- **art. 128 ust. 4 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 PZP** poprzez niezasadne zaniechanie wezwania

Odwołującego do złożenia wyjaśnień i ograniczenie się przy ocenie okoliczności wystąpienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt. 7 PZP wyłącznie do otrzymanych od Odwołującego dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z dnia 6 czerwca 2024 r. oraz pozyskanych samodzielnie przez Zamawiającego informacji od zamawiających, którzy udzielili trzech spornych zamówień, **podczas gdy** Zamawiający po uzyskaniu informacji od innych zamawiających powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień aby poznać jego stanowisko a nie opierać się jedynie o subiektywną opinię zamawiających, którzy pozostają w sporach procesowych z Odwołującym a zatem co oczywiste w ramach strategii procesowej przedstawiają okoliczności realizacji umów w negatywnym dla Odwołującego świetle, przez co Zamawiający oceniając istnienie podstaw do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP nie miał pełnej informacji i błędnie uznał, że wystąpiły przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP;

oraz ewentualnie

- **art. 110 ust. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 PZP** poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia i tym samym przedwczesne zakończenie oceny sytuacji podmiotowej Odwołującego ograniczonej wyłącznie do oceny okoliczności faktycznych i prawnych przebiegu realizacji trzech ww. zamówień, **podczas gdy** Zamawiający powinien przed ewentualnym podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP umożliwić mu skuteczne przeprowadzenie procedury samooczyszczenia zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy PZP, po której zakończeniu możliwe powinno być ostateczne dokonania oceny sytuacji podmiotowej z uwzględnieniem podjętych środków naprawczych.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosil o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 14 czerwca 2024 r. dotyczącej oceny sytuacji podmiotowej Odwołującego w zakresie w jakim Zamawiający uznał, że zachodzi podstawa do wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 PZP;
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny oferty Odwołującego oraz nakazanie uznania, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP;
- ewentualnie, nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie okoliczności wykonywania umowy zawartej z Gminą Czernice w ramach zamówienia pn. „Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Dobrzykowicach Etap A - Przedszkole i Etap

B – Szkoła”, umowy zawartej z zamawiającym Tramwaje Śląskie S.A. w ramach zamówienia pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo- sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86”- zadanie nr 3 oraz umowy zawartej z Gminą Miejską Mielec w ramach zamówienia pn. „Budowa hali sportowej na terenie MOSiR przy ul. Solskiego 1 w Mielcu” i dokonanie oceny wystąpienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt. 7 PZP z uwzględnieniem dodatkowych wyjaśnień Odwołującego;

- ewentualnie, nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia w zakresie przebiegu realizacji umowy zawartej z Gminą Czernice w ramach zamówienia pn. „Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Dobrzykowicach Etap A - Przedszkole i Etap B – Szkoła, umowy zawartej z zamawiającym Tramwaje Śląskie S.A. w ramach zamówienia pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo- sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86”- zadanie nr 3 oraz umowy zawartej z Gminą Miejską Mielec w ramach zamówienia pn. „Budowa hali sportowej na terenie MOSiR przy ul. Solskiego 1 w Mielcu” i dokonanie oceny sytuacji podmiotowej Odwołującego w zakresie art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP z uwzględnieniem podjętych środków naprawczych;

- nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego do dalszego etapu Postępowania;
- 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.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 czerwca 2024 r. (pismo z dnia 27 czerwca 2024 r.) wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę

podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 16 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy PZP, Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
 - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba zważyła, że Odwołujący ubiegając się o przedmiotowe zamówienie złożył w dniu 27 marca 2024 r. ofertę, oświadczając, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Do swojego oświadczenia dołączył „*Uzupełnienie do załącznika nr 02 - OŚWIADCZENIE O NIEPODLEGANIU WYKLUCZENIU*”, którym przedstawił Zamawiającemu dodatkowe informacje dotyczące sytuacji faktycznej oraz prawnej w zakresie realizacji trzech inwestycji publicznych.

W związku z pozyskaniem powyższych informacji, Zamawiający w dniu 6 czerwca 2024 r. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP, wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów źródłowych związanych z przebiegiem realizacji dotychczasowych zamówień w ramach:

- 1) Umowy nr GKil.272.205.2016.EZ zawartej w dniu 16 grudnia 2016 r. z Gminą Czernice w ramach zamówienia pn.

„Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Dobrzykowicach Etap A - Przedszkole i Etap B - Szkoła („Umowa Czernice”);

2) Umowy nr DO/464/17 zawartej w dniu 29 września 2017 r. z Tramwaje Śląskie S.A. w ramach zamówienia pn. „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo- sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86 ” — zadanie nr 3 („Umowa Sosnowiec”);

3) Umowy nr 2/ZP/2018 z dnia 18 października 2018 r. zawartą z Gminą Miejską Mielec w ramach zamówienia pn. „Budowa hali sportowej na terenie MOSiR przy ul. Solskiego 1 w Mielcu” („Umowa Mielec”).

Ponadto, Zamawiający w dniu 6 czerwca 2024 r. na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy PZP, zwrócił się do Zamawiających (Gmina Czernica, Tramwaje Śląskie S.A., Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Mielcu) o przedstawienie informacji lub dokumentów dla oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia.

Odwołujący w dniu 10 czerwca 2024 r. złożył wszystkie wymagane dokumenty wskazane w wezwaniu, jak również pozostali Zamawiający złożyli stosowne informacje, które zostały doręczone Zamawiającemu w dniach: 12 czerwca 2024 r. (Tramwaje Śląskie S.A.), 13 czerwca 2024 r. (Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Mielcu) oraz 14 czerwca 2024 r. (Gmina Czernica).

W wyniku dokonanej oceny, Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 14 czerwca 2024 r. przedstawił uzasadnienie faktyczne, jak i prawne dokonanej czynności, wskazując, iż w przypadku wszystkich trzech poddanych analizie Umów, Odwołujący dopuścił się ich nienależytego wykonania, a naruszenia były rażące i dotyczyły istotnych zobowiązań określonych w umowach, co doprowadziło do narażenia Zamawiających na szkodę, konieczności wykonania zastępczego, a w konsekwencji obciążenia Odwołującego karami umownymi, mającymi charakter odszkodowawczy.

Jak wskazuje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, oparł on swoją decyzję na podstawie szeregu dokumentów i oświadczeń, w tym przede wszystkim:

- 1) zawartych Umów (z zamawiającymi - Czernice, Sosnowiec, Mielec) oraz aneksów do tych Umów;
- 2) protokołów końcowego odbioru robót budowlanych, a w przypadku jego braku - wypowiedzenie Umowy lub odstąpienie od Umowy;
- 3) wezwań zamawiających do usunięcia wad stanowiących podstawę do naliczenia kary umownej;
- 4) żądań zapłaty kar umownych w kwocie 5 983,00 zł (Umowa Czernice), 1 981 376,14 zł (Umowa Sosnowiec); dokumentów dotyczących naliczenia kar umownych, w związku ze zwłoką (Umowa Mielec);
- 5) sprzeciwu od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym, w którym nakazano Odwołującemu zapłatę dochodzonego przez Gminę Czernica roszczenia;
- 6) pozwu o zapłatę kwoty 1 981 376,14 zł w sprawie prowadzonej przed Sądem Okręgowym w Katowicach (sygn. akt XIII GC 67/23);
- 7) pozwu wszczynającego postępowanie przed Sądem Okręgowym w Rzeszowie w zakresie zapłaty należnej części wynagrodzenia oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania Umowy (sygn. akt VI GC 12/23);
- 8) Pisma MOSiR w Mielcu z dnia 12 czerwca 2024 r.;
- 9) Pisma od Spółki Tramwaje Śląskie S.A. z dnia 13 czerwca 2024 r.;
- 10) Pisma Urzędu Gminy Czernica z dnia 14 czerwca 2024 r.

Tym samym, w ocenie Izby, nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego jakoby rozstrzygnięcie Zamawiającego zostało oparte na „suchych i niczym nieopartych informacjach”.

Izba zważa, że 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.

W związku z powyższym, dla zaistnienia podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, niezbędne jest ziszczenie się kumulatywnie wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie, tj.:

- 1.musi mieć miejsce niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego (lub umowy koncesji);
- 2.powyższe musi nastąpić z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;
- 3.uchylenie wykonawcy musi doprowadzić do określonego skutku: wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Oznacza to, że do zastosowania ww. przepisu nie jest konieczne, wbrew twierdzeniom Odwołującego, przedłożenie dowodów, bowiem powyższa norma prawna w ogóle się nie odnosi do dowodów, jak np. art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Tym samym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, iż: „Zamawiający nie przedłożył również żadnego dowodu potwierdzającego, że Odwołujący dopuścił się z przyczyn leżących po jego stronie istotnego naruszenia zobowiązań umownych w ramach trzech przedmiotowych inwestycji”, zwłaszcza, że do oceny sytuacji podmiotowej Odwołującego, Zamawiający posiadał dokumenty źródłowe pochodzące od Odwołującego.

Przechodząc do poszczególnych umów, Izba wskazuje, że w przypadku Umowy Czernica, wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o. - lider konsorcjum wykonał zadanie pn.: „Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego w Dobrzykowicach - Etap A - Przedszkole i Etap E - Szkoła ” na podstawie Umowy nr GKil.272.205.2016.EZ z dnia 16 grudnia 2016 r. o wartości 25 700 850 zł brutto.

Zgodnie z § 13 ust. 1 pkt 1) Umowy, konsorcjum udzieliło Zamawiającemu Gminie Czernica 5-letniej gwarancji na wykonane roboty konstrukcyjne, budowlane, instalacyjne i oprogramowanie.

W okresie gwarancji i rękojmi ujawniły się wady w zakresie nawierzchni placu zabaw i boiska, które Gmina Czernica zgłaszała na bieżąco. Mimo kolejnych zgłoszeń konsorcjum nie usunęło wad i usterek w zakresie nawierzchni, przy czym pismem z dnia 13 grudnia 2019 r. konsorcjum potwierdziło przyjęcie zgłoszenia i wskazało termin usunięcia wad na 15 maja 2020 r. ze względu na niekorzystne warunki pogodowe. Pismem z dnia 6 lipca 2020 r. Balzola Polska Sp. z o.o., zaproponowała Zamawiającemu Gminie Czernica sposób usunięcia wad przez podwykonawcę - Korexbud Sport Sp. z o.o., co Zamawiający zaakceptował. Pismem z dnia 7 sierpnia 2020 r. konsorcjum poinformowało Zamawiającego o konieczności zatrudnienia nowego podwykonawcy do naprawy nawierzchni w związku z niewywiązaniem się przez Korexbud Sport Sp. z o.o. z zobowiązań, co wiązało się z dodatkowym przedłużeniem terminu.

W kolejnych czynnościach i kierowanej do konsorcjum korespondencji zamawiający wielokrotnie wzywał do usunięcia wad, co potwierdza dokumentacja postępowania.

W grudniu 2022 r. Gmina Czernica zleciła wykonanie „Eksperytyzy technicznej nawierzchni sportowych i nawierzchni na placach w Zespole Szkolno-Przedszkolnym, w Dobrzykowicach ”, o czym poinformowano konsorcjum pismem z dnia 4 stycznia 2023 r.

Pismem z dnia 30 stycznia 2023 r. wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o., odmówił wykonania napraw.

Następnie w dniu 6 marca 2023 r. doszło do spotkania w siedzibie Gminy Czernice, gdzie przedstawiciele wykonawcy Balzola Polska Sp. z o.o., odmówili wykonania napraw, wskazując, iż nie jest możliwe wygegzekwowanie świadczeń od dotychczasowego podwykonawcy, zaś koszt wykonania napraw przez inny podmiot, znacząco przekracza wartość zabezpieczenia należytego wykonania Umowy, w związku z czym wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o. zaproponował zamawiającemu zatrzymanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy na tę okoliczność.

Wobec braku porozumienia i nieusunięcia wad przez wykonawcę Balzola Polska Sp. z o.o., Gmina zleciła naprawy spółce SOLID- STET Sp. z o.o. Sp. k., jako wykonawcy wyłonionemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Naprawy zostały wykonane i odebrane w październiku 2023 r., a Gmina Czernica poniosła koszt w wysokości 928 042.13 zł brutto.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie zgadza się z argumentacją Odwołującego, że do „usterek doszło z winy zamawiającego, z uwagi na nieprzeprowadzenie przez użytkownika przeglądów i konserwacji gwarancyjnych za pośrednictwem mającej do tego wyłączność spółki KOREXBUD Sport sp. z o.o.” na podstawie oświadczenia gwarancyjnego nr 14/2018. Trzeba bowiem zauważyć, że ze względu na degradację nawierzchni placu zabaw i boiska oraz poinformowanie Zamawiającego przez samego wykonawcę Balzola Polska Sp. z o.o. o konieczności zatrudnienia nowego podwykonawcy do naprawy nawierzchni w związku z niewywiązaniem się przez Korexbud Sport Sp. z o.o. z zobowiązań, w ocenie Izby Gmina Czernica była uprawniona do skorzystania z wykonawstwa zastępczego udzielając zamówienia podmiotowi trzeciemu, tj. SOLID- STET Sp. z o.o. Sp. k.

Tak więc koszt, jaki poniosła Gmina Czernice z tytułu wykonawstwa zastępczego w wysokości 928 042,13 zł brutto, stanowi de facto szkodę poniesioną przez zamawiającego Gminę Czernice, w związku z niewykonaniem przez konsorcjum, na którym ciążyły zobowiązania gwarancyjne, zarówno wynikające z robót wykonanych samodzielnie, jak i wykonanych siłami podwykonawców.

Poza tym, podnoszony przez Odwołującego sprzeciw od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym, nie oznacza jeszcze tego, że Odwołujący wykonywał zobowiązanie umowne z należytą starannością.

W konsekwencji, Izba za Zamawiającym, uznała, że spełniły się wszystkie przesłanki wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w przypadku Umowy Czernice, tj. wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o. nienależycie wykonał zobowiązanie w znacznym stopniu, popadając w zwłokę, czego rezultatem były długotrwałe opóźnienia w zakończeniu budowy hali sportowej. Z uwagi na długi czas uchylania się przez konsorcjum od wykonania zobowiązań umownych, nawierzchnia ulegała dalszej sukcesywnej degradacji, w wyniku czego zwiększył się zakres uszkodzeń, a Zamawiający – Gmina Czernice nie miała możliwości użytkowania placu zabaw i boiska zgodnie z przeznaczeniem.

Tym samym, w ocenie Izby, istnieje bezpośredni związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy niewywiązaniem się przez wykonawcę Balzola Polska Sp. z o.o. ze zobowiązań umownych, a szkodą poniesioną przez Zamawiającego Gminę Czernice w wyniku zlecenia naprawy spółce SOLID-STET Sp. z o.o. Sp.k. jako wykonawcy wyłonionemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach wykonawstwa zastępczego w wysokości 928 042.13 zł brutto.

Odnosząc się do przypadku Umowy Sosnowiec, Izba wskazuje, iż w dniu 29 września 2017 r. została zawarta pomiędzy Tramwaje Śląskie S.A. i konsorcjum firm: NDI SOPOT S.A. (uprzednio NDI S.A.), Balzola Polska Sp. z o.o. Construcciones y Promociones Balzola, Sociedad Anonima - Umowa nr DO/464/17 na podstawie, której konsorcjum zobowiązało się solidarnie do wykonania robót budowlanych dla zadania nr 3 pn.: „Budowa i modernizacja infrastruktury torowo- sieciowej w ciągu ul. Piłsudskiego w Sosnowcu od ul. Sobieskiego do drogi ekspresowej S86 o wartości 20 639 334,82 zł brutto.

Izba zważy, że Konsorcjum wykonało przedmiot Umowy z dniem 28 lutego 2019 r. (pierwotny termin umowny 29 grudnia 2018 r. został wydłużony na skutek zawarcia trzech aneksów do Umowy do dnia 28 lutego 2019 r.), co zostało potwierdzone protokołem odbioru końcowego i przekazania do użytkowania.

Zgodnie z § 10 ust. 2 zawartej Umowy, konsorcjum udzieliło Tramwaje Śląskie S.A. gwarancji jakości i rękojmi za wady na okres 120 miesięcy od dnia dokonania odbioru końcowego przedmiotu Umowy, tj. do dnia 28 lutego 2029 r.

W dniu 25 sierpnia 2020 r., tj. w okresie udzielonej gwarancji jakości Tramwaje Śląskie S.A. powzięły wiedzę o wystąpieniu wady przedmiotu Umowy polegającej na niezgodności zastosowanej przez konsorcjum masy zalewowej z wymogami określonymi w Umowie (Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych SST-D, „Budowa zintegrowanej nawierzchni torowo-drogowej”) i Dokumentami powykonawczymi. Potwierdziła to ekspertyza sporządzona przez Politechnikę Śląską, Wydział Transportu i Inżynierii Lotniczej Politechniki Śląskiej, Katedra Transportu Kolejowego z dnia 18 sierpnia 2020 r.

Zamawiający Tramwaje Śląskie S.A. wykonując obowiązek wynikający z § 10 ust. 3 Umowy zawiadomiła konsorcjum o wadzie pismem z dnia 1 września 2020 r. Jednocześnie na podstawie § 10 ust. 5 Umowy wyznaczony został konsorcjum ww. piśmie siedmiodniowy termin na usunięcie wady na całej długości torowiska tramwajowego wykonanego w ramach realizacji Umowy.

Konsorcjum pismem z dnia 7 września 2020 r. nie zgodziło się z wnioskami zawartymi w ekspertyzie Zamawiającego i ostatecznie pismem z dnia 20 listopada 2020 r. odmówiło uznania zgłoszonych reklamacji i usunięcia wady, przedstawiając własne ekspertyzy od Wydziału Inżynierii Produkcji i Technologii Materiałów Politechniki Częstochowskiej, które opracowało: Sprawozdanie z Badań pn. „Analiza twardości oraz składu chemicznego otrzymanej próbek masy zalewowej” oraz Sprawozdanie z Badań pn. „Ocena dostarczonych próbek masy zalewowej poliuretanowej”. Konsorcjum powołało się ponadto, na dokument – Opinia techniczna ws. twardości w skali Shore’a A materiału Edilon Corkelast TO. Z wyżej wymienionych dokumentów wynikało, że zastosowana przez Konsorcjum masa zalewowa jest należytej jakości, posiada niezbędne cechy i spełnia wymagania określone w STWiORB oraz Aprobacie Technicznej, która stanowiła podstawę zatwierdzenia materiału przez zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący zastosował masę zalewową niezgodną z wymogami określonymi w Umowie, o czym może świadczyć fakt, iż Zamawiający Tramwaje Śląskie S.A. stwierdził o zastosowaniu warunkowego ruchu na torowisku tramwajowym i wprowadzeniu ograniczonego ruchu oraz objęcia obiektu nadzorem (brak pełnego korzystania z torowiska tramwajowego). Tym samym, Izba nie zgadza się z argumentacją Odwołującego, jakoby „żadna z wad czy usterek, w tym odnoszących się do masy zalewowej, nie ma charakteru istotnego uniemożliwiającego korzystanie z torowiska ”, czy też „wada wskazywana przez zamawiającego Tramwaje Śląskie S.A. z pewnością nie ma poważnego charakteru, a jej zakres nie jest znaczący”. To, że wady odnoszące do masy zalewowej, nie uniemożliwiają korzystania z torowiska, nie oznacza tego, że Odwołujący wykonał roboty należycie, patrząc w kontekście ograniczonego ruchu na torowisku, co w ocenie Izby samo już to świadczy o niewłaściwej jakości masy zalewowej.

W konsekwencji Zamawiający Tramwaje Śląskie S.A. naliczyła wykonawcy, tj. konsorcjum firm: NDI SOPOT S.A. Balzola Polska Sp. z o.o. i Construcciones y Promociones Balzola, Sociedad Anonima (En Liquidación) z siedzibą w

Bilbao (Hiszpania) karę umowną w wysokości 1 981 376,14 zł. na podstawie § 13 ust. 1 lit. d) z tytułu opóźnienia Wykonawcy w usunięciu wady ujawnionej w okresie gwarancji (niewłaściwa jakość masy zalewowej) - za okres od dnia 15 stycznia 2022 r. do dnia 15 lutego 2022 r. Za dalszy okres opóźnienia zamawiający nie naliczył wykonawcy kary umownej. Naliczenie kary umownej stwierdzone zostało notą księgową nr 3/JRP- B/2022 z dnia 17 sierpnia 2022 r.

Izba zważyła, że w związku z zakwestionowaniem przez wykonawcę naliczenia kary umownej, Zamawiający - Tramwaje Śląskie S.A. - wystąpił z powództwem o zapłatę, a postępowanie w tej sprawie prowadzone jest przed Sądem Okręgowym w Katowicach, Wydział XIII Gospodarczy pod sygn. akt XIII GC 67/23 i nie zostało zakończone. Zamawiający - Tramwaje Śląskie S.A. wystąpił również przeciwko wykonawcy z powództwem o nakazanie usunięcia wad w ramach udzielonej gwarancji, a postępowanie w tej sprawie prowadzone jest także przed Sądem Okręgowym w Katowicach, Wydział XIII Gospodarczy pod sygn. akt XIII GC 17/24 i nie zostało zakończone.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba za Zamawiającym, uznała, że spełniły się wszystkie przesłanki wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP również w przypadku Umowy Sosnowiec, tj. Odwołujący nienależycie wykonał zobowiązanie w znacznym stopniu, czego rezultatem były wady (niewłaściwa jakość masy zalewowej). Odwołujący nie usunął także wady gwarancyjnej, co Zamawiający Tramwaje Śląskie S.A. zakwalifikowała jako istotne i długotrwale nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z Umowy, za które odpowiedzialność ponosi wyłącznie wykonawca. Odwołujący zastosował masę zalewową niezgodną z wymogami określonymi w Specyfikacji Technicznej Wykonania i odbioru Robót Budowlanych SST -D „Budowa zintegrowanej nawierzchni torowo-drogowej” i dokumentami powykonawczymi (inna niż wskazana przez Wykonawcę w dokumentacji powykonawczej), co skutkowało obciążeniem Odwołującego karą umowną, stwierdzoną notą księgową nr 3/JRP-B/2022 z dnia 17 sierpnia 2022 r. dotyczącą istotnej części zobowiązania umownego wykonawcy, tj. odpowiedzialności z tytułu udzielonej gwarancji.

Odnosząc się do przypadku Umowy Mielec, Izba wskazuje, iż wykonawca Balzola Polska Sp.z o.o. była jednym z uczestników konsorcjum wykonujących na rzecz Gminy Miejskiej Mielec - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Mielcu inwestycję pod nazwą „Zaprojektowanie i Budowa hali sportowej na terenie MOSiR przy ul. Solskiego w Mielcu”. Realizacja robót odbyła się na podstawie Umowy o roboty budowlane nr 2/ZP/2018 z dnia 18 października 2018 r. o wartości końcowej 140 755 694,67 zł brutto.

Izba zważyła, że Umowa była zmieniana 8 aneksami, przy czym ostatni z aneksów określał ostateczny termin wykonania zamówienia na dzień 24 stycznia 2022 r., który nie został dochowany przez wykonawcę (na ten dzień roboty były jeszcze w toku, a zgodnie z raportem samego wykonawcy na dzień 31 stycznia 2022 r. prace były zaawansowane w zależności od rodzaju robót od 78-82 %). Roboty zostały odebrane w dniu 30 czerwca 2023 r.

W dniu 18 lipca 2022 r. kierownik budowy z ramienia wykonawcy dokonał wpisu do dziennika budowy o zakończeniu wykonania robót budowlanych zgodnie z pozwoleniem na budowę. Na ten dzień nie przeprowadzono wszystkich wymaganych zgodnie z Umową prób końcowych, sprawdzeń, rozruchów (§ 10 ust. 19 Umowy). W ślad za tym zamawiający przyjął, że obiekt nie był gotowy do odbioru.

W dniu 21 lipca 2022 r. wykonawca w imieniu zamawiającego, ale bez konsultacji z nim czy z Inżynierem Kontraktu złożył wniosek do Powiatowego Nadzoru Budowlanego w Mielcu o wydanie decyzji o pozwolenie na użytkowanie. Wniosek ten jednak obarczony był brakami i wadami, w związku z powyższym, Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w Mielcu w dniu 16 sierpnia 2022 r. wydał decyzję odmawiającą udzielenia pozwolenia na użytkowanie.

Wykonawca ponownie w dniu 12 września 2022 r. złożył wniosek w imieniu zamawiającego o udzielenie pozwolenia na użytkowanie. W trakcie postępowania PINB przeprowadził obowiązkową kontrolę w dniach 22 - 29 września 2022 r. Organ w dniu 4 października 2022 r. wydał decyzję udzielającą pozwolenia na użytkowanie obiektu.

Na podstawie ww. decyzji wykonawca wiadomością e-mail, zgłosił gotowość do odbioru końcowego. W dniu 5 października 2022 r. wykonawca złożył na dzienniku podawczym zamawiającego jeden zestaw segregatorów opisanych jako operat kolaudacyjny.

W wyniku powyższego, Zamawiający odrzucił gotowość obiektu do odbioru. Pismami z dnia 3 października 2022 r. oraz 14 października 2022 r. wezwano wykonawcę do przeprowadzenia prób eksploatacyjnych i końcowych (§ 10 ust. 19 Umowy) oraz do przekazania dokumentacji powykonawczej, w szczególności w zakresie instalacji elektrycznej. Próby

końcowe miały w szczególności dotyczyć instalacji elektrycznej i miały uwzględniać pełne obciążenie obiektu. W dniu 5 października 2022 r. przeprowadzono próby końcowe instalacji elektrycznej przy częściowym obciążeniu sieci. Dalsze próby instalacji elektrycznej pod zwiększonym obciążeniem zostały przeprowadzone w dniach 13 i 21 października 2022 r.

Nadto Izba wskazuje, że wezwano wykonawcę do przedstawienia wykazu wszystkich podwykonawców wraz z ich rozliczeniem (niemalże wszystkie prace na budowie były realizowane nie siłami własnymi wykonawcy tylko za pośrednictwem podwykonawców).

W listopadzie 2022 r. wykonano próbę końcową instalacji elektrycznej pod pełnym obciążeniem oraz próby końcowe weryfikujące akustykę obiektu. Wyniki tak jednej, jak i drugiej próby okazały się negatywne. Ponadto, wykonawca przedłożył niepełny co do zakresu i ilości sztuk operat kolaudacyjny nieprzedstawiający rozliczenia podwykonawców oraz nie dostarczył systemu pomiaru czasu pływaka.

Izba zważa, że zgodnie z pkt 2.2 PFU (dowód w postaci wyciągu PFU wniesiony przez Odwołującego do odwołania) przygotowanego na potrzeby realizacji Umowy Mielec, Konsorcjum miało: „(...) zaprojektować i wykonać instalację do montażu systemu pomiaru czasu w basenie ośmiotworowym”. W ocenie Izby, nie ma racji Odwołujący, że Konsorcjum zobowiązane było tylko do przygotowania instalacji na potrzeby przyszłego zamontowania systemu pomiaru czasu, ponieważ zdaniem Izby słowo „wykonać” obejmuje swych pojęciem również słowo „zamontować”. Można bowiem powyższe rozumienie porównać do słów „zaprojektuj i wybuduj” i zadać sobie pytanie, czy przez słowo „wybuduj” będzie oznaczało dostarczenie materiału i wybudowanie, czy tylko przygotowanie do budowy. Na tak zadane pytanie, oczywistym jest, że należy rozumieć dostarczenie materiału i wybudowanie. Poza tym, Izba zwraca uwagę, iż w pkt 2.2 PFU nie znajdują się słowa „przygotowanie instalacji”, lecz „wykonać instalację”.

W dalszej kolejności, Izba zważa, że pomimo stwierdzenia przez Inżyniera Kontraktu i zamawiającego wadliwego doboru wyłączników mocy na rozdzielni elektrycznej RG i RG1, braku nastaw zabezpieczeń prądowych (przeciążeniowych, zwarciovych i np. ziemnozwarciowych) zgodnie z tabelą nastaw, która powinna być opracowana i wydana przez projektanta, braku pozytywnych wyników prób akustycznych dla wybranych pomieszczeń obiektu w zakresie czasu pogłosu, oraz innych pomniejszych, a istotnych wad wykonawca w dniu 9 grudnia 2022 r. przystąpił do jednostronnego odbioru obiektu. W czynnościach tych nie brał udziału Inżynier Kontraktu, ani Zamawiający, którzy już wcześniej przeprowadzili przegląd robót i uznali, że obiekt nie nadaje się do odbioru.

W dniu 13 grudnia 2022 r. zamawiający zwołał zespół składający się z przedstawicieli Inżyniera Kontraktu zajmującego się branżą elektryczną obiektu, który to zespół jednoznacznie wykluczył możliwość bezpiecznej eksploatacji sieci elektrycznej. Wykonawca na podstawie jednostronnego protokołu odbioru uznał obiekt za prawidłowo wykonany, zgodnie z zawartą Umową i na tej podstawie w dniu 14 grudnia 2022 r. wystawił fakturę VAT nr 08/12/2/ZP/2018/Mielec na kwotę 14 075 569,48 zł brutto. Faktura dokumentowała płatność końcową w wysokości 10% wartości kontraktu po zmianach wprowadzonych aneksem, przy czym Zamawiający zwrócił wykonawcy fakturę pismem z dnia 28 grudnia 2022 r. bez księgowania.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 13 grudnia 2022 r. nałożył na wykonawcę kary umowne za opóźnienie w realizacji kontraktu w kwocie 6 704 000.00 zł, czyli za okres od 24 stycznia 2022 r. do 13 grudnia 2022 r.

Wykonawca w dniu 26 stycznia 2023 r. przedłożył opracowanie projektowe przedstawiające niezbędne z punktu eksploatacyjnego wyliczenia dla stacji TRAFO wraz z nastawami wyłączników w rozdzielniach głównych nN, a w dniu 30 stycznia 2023 r. opracowanie projektowe w zakresie adaptacji akustycznej pomieszczeń Hali Basenowej, Hali Treningowej i Sali Rozgrzewkowej. Opracowania te wpisywały się w plan naprawczy w zakresie instalacji elektrycznej i akustyki. Z kolei w dniu 20 lutego 2023 r. wykonawca złożył segregatory składające się na uzupełnienie opracowania kolaudacyjnego.

Następnie pismem z dnia 23 stycznia 2023 r. wykonawca poinformował zamawiającego, iż względem 68 podwykonawców wydał zamawiającemu polecenie przekazu na łączną kwotę 5 789 072,86 zł.

Jak wskazał Zamawiający, Wykonawca samowolnie uznał, iż zamawiający zobowiązany jest do zapłaty z faktury nr 08/12/2/ZP/2018/Mielec z dnia 14 grudnia 2022 r. kwoty 5 789 072,86 zł bezpośrednio na rzecz podwykonawców i na tę okoliczność przedłożył zestawienie płatności na rzecz poszczególnych podwykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na polecenie przekazu stwierdził, iż po pierwsze wykonawca nie ma prawa do płatności końcowej, dlatego też nie może dysponować kwotą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, po drugie w umowie przewidziano tylko jeden sposób zapłaty tj. przelew na wskazany w umowie rachunek bankowy, po trzecie przed

odbioru końcowym, umowa zobowiązywała wykonawcę do przedłożenia potwierdzenia zapłaty i rozliczenia końcowego podwykonawców pod rygorem wstrzymania wymagalności wynagrodzenia wykonawcy w części, w jakiej nie rozliczył się on z podwykonawcami.

Podwykonawcy, którzy nie otrzymali należnego wynagrodzenia, jak wskazał Zamawiający, zaczęli podejmować czynności windykacyjne względem zamawiającego, domagając się od zamawiającego bezpośredniej zapłaty na podstawie art. 647¹ k.c. (solidarna odpowiedzialność zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców). W wyniku powyższego zamawiający dokonał w okresie od 19 do 24 kwietnia 2023 r. bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz 12 podwykonawców na łączną kwotę 1 505 650,20 zł.

Izba chciałaby w tym miejscu zwrócić uwagę, iż nie zgadza się z Odwołującym, iż „nie możemy zatem mówić o bezpośredniej zapłacie przez Zamawiającego wynagrodzenia podwykonawcom, ponieważ wypłata tego wynagrodzenia nastąpiła w drodze polecenia przekazu”, ponieważ, zdaje się nie zauważać Odwołujący, iż zapłata ta nastąpiła przez Zamawiającego de facto w wyniku czynności podejmowanych przez podwykonawców względem zamawiającego, a nie w wyniku polecenia przekazu, ze względu na to, iż wykonawca nie miał prawa do płatności końcowej i nie mógł dysponować kwotą wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, w umowie przewidziano tylko jeden sposób zapłaty tj. przelew na wskazany w umowie rachunek bankowy oraz umowa zobowiązywała wykonawcę do przedłożenia potwierdzenia zapłaty i rozliczenia końcowego podwykonawców pod rygorem wstrzymania wymagalności wynagrodzenia wykonawcy w części, w jakiej nie rozliczył się on z podwykonawcami.

Nadto Izba zważa, że nie zmienia oceny Izby to, że w nocy księgowej obciążeniowej 2/05/2023 (dowód wniesiony przez Odwołującego do odwołania) w opisie znajduje się zdanie: „Zwrot za wypłacone wynagrodzenie podwykonawcom na podstawie polecenia przekazu”, zwłaszcza, że w tym samym zdaniu mowa jest również o art. 647¹ k.c. „oraz art. 647[1] k.c (Dz.U.z 2022 r. poz. 1360 z późn.zm.)”, a co Odwołujący całkowicie pominął na rozprawie.

Zamawiający w związku z dokonaniem bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców naliczył wykonawcy karę umowną.

Izba wskazuje, iż Wykonawca w dniu 7 marca 2023 r. po raz kolejny przekazał zamawiającemu fakturę dokumentującą płatność końcową oraz wezwał zamawiającego do jej zapłaty oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy wniesionego w formie gotówkowej, pod rygorem odstąpienia od umowy. W tym samym dniu zamawiający otrzymał od Wykonawcy pismo wzywające do ustanowienia na podstawie art. 649¹ k.c. gwarancji zapłaty wynagrodzenia wynikającego z umowy (płatność końcowa). Wykonawca w wezwaniu zobowiązał zamawiającego do ustanowienia gwarancji zapłaty do dnia 31 marca 2030 r. Zamawiający zgodnie z zobowiązaniem przekazał wykonawcy bankową gwarancję zapłaty wynagrodzenia w dniu 20 kwietnia 2023 r. W dniu 4 maja 2023 r. PKO BP S.A. zawiadomił zamawiającego o przyjęciu od wykonawcy dyspozycji z dnia 2 maja 2023 r. wypłaty środków z gwarancji. Bank powiadomił zamawiającego o wypłacie środków z gwarancji w dniu 9 maja 2023 r. w kwocie 14 075 569,48 zł. Wypłaconą kwotę z gwarancji bankowej, bank pobrał ze środków zdeponowanych na rachunku Gminy.

W wyniku powyższego Zamawiający pismem z dnia 30 maja 2023 r. wezwał wykonawcę do zwrotu nienależnie pobranej kwoty z bankowej gwarancji zapłaty, tj. kwoty 14 075 569,48 zł.

Jak wskazała Gmina Miejska Mielec- Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Mielcu, Wykonawca samowolnie bez woli i udziału zamawiającego podjął środki w wysokości płatności końcowej wynikającej z umowy, przy czym co istotne Wykonawca bezprawnie uruchomił gwarancję bankową i wszedł w posiadanie płatności końcowej pomimo, iż nie zostały zrealizowane przesłanki wymagalności roszczenia wynikającego z umowy.

Izba zważa, że Wykonawca po otrzymaniu środków z gwarancji bankowej oświadczył, iż wycofuje polecenia przekazu na rzecz podwykonawców. Zamawiający wezwał do zapłaty wykonawcę, domagając się zwrotu połowy kosztów ustanowienia bankowej gwarancji zapłaty na rzecz wykonawcy oraz zwrotu płatności dokonanych bezpośrednio na rzecz podwykonawców. Zamawiający nie otrzymał od wykonawcy informacji dotyczącej rozliczenia podwykonawców.

Izba zwraca w tym miejscu uwagę, iż Konsorcjum znajduje się obecnie w sporze sądowym z Zamawiającym, któremu konsorcjum wytoczyło w dniu 30 grudnia 2022 r. powództwo przed Sądem Okręgowym w Rzeszowie w zakresie zapłaty należnej części wynagrodzenia oraz zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy (sygn. akt VI GC 12/23).

Izba wskazuje, iż Inżynier Kontraktu po otrzymaniu pozytywnych wyników prób akustyki oraz instalacji elektrycznej oraz po przedłożeniu prawie w całości uzupełnionego operatu kołaudacyjnego uznał, iż obiekt nadaje się do odbioru.

W wyniku powyższego, w dniu 7 czerwca 2023 r. zamawiający wyznaczył termin odbioru powiadamiając o tym wykonawcę. Po przystąpieniu do czynności odbiorowych ujawniono poważne wady obiektu, polegające na braku poprawnego działania systemu przeciwpożarowego.

Zamawiający poinformował również wykonawcę, iż w wyniku przeprowadzenia postępowania przetargowego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, przedmiotem którego była: „Dostawa systemu pomiaru czasu dla basenu w hali sportowej na terenie MOSiR przy ul Solskiego w Mielcu” został wyłoniony wykonawca, który dostarczył, zamontował i sprawdził poprawne działanie brakującego elementu robót - systemu pomiaru czasu pływaka za kwotę 189 075,60 zł (jak wskazał zamawiający dochodzi on od wykonawcy częściowego zwrotu świadczenia w kwocie 164 057,40 zł z uwagi na okoliczność, iż zamówienie wykroczyło swym zakresem poza zakres świadczenia wynikający z umowy z wykonawcą).

Ostatecznie zamawiający bez udziału wykonawcy po weryfikacji poprawności wykonania inwestycji podpisał protokół odbioru końcowego. W protokole wyszczególniono 171 grup usterek nielimitujących odbioru oraz kilkadziesiąt usterek operatu kolaudacyjnego.

Stwierdzono, że obiekt osiągnął stan gotowości do odbioru w dniu 16 czerwca 2023 r., tj. w dniu odbioru systemu czasu pomiaru pływaka. Nadto komisja stwierdziła, że w całości obiekt nie może być użytkowany do czasu usunięcia wad systemu oddymiania klatki schodowej, poprawnego montażu drzwi, montażu uchwyty antypanicznego na drzwiach, a w części do czasu usunięcia kolizji umiejscowienia wanny z hydromasażem i osuszaczem oraz kolizji umiejscowienia wanny z hydromasażem z gniaздkami elektrycznymi. Po usunięciu ww. uchybień na początku sierpnia 2023 r. obiekt otwarto.

Izba zważa, że w czynnościach odbiorowych uczestniczył wykonawca, ale w charakterze „obserwatora”. Protokół z tych czynności podpisany przez przedstawicieli zamawiającego został przesłany wykonawcy, który stwierdził, iż podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko, iż obiekt osiągnął stan gotowości do odbioru już na wcześniejszym etapie co zostało potwierdzone protokołem odbioru wykonawcy z grudnia 2022 r.

W związku z powyższym, Zamawiający Gmina miejska Mielec - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Mielcu naliczyła kary umowne za nieterminową realizację umowy w kwocie 9 960 000,00 zł za okres od 24 stycznia 2022 r. do 16 czerwca 2023 r. z tym zastrzeżeniem, że ze względu na trudne warunki atmosferyczne nie liczono kar umownych w wymiarze 10 dni, a okoliczności te zostały potwierdzone wpisami w dzienniku budowy Inżyniera Kontraktu.

Nadto, Zamawiający wskazał, iż zmuszony był uwzględnić wnioski części podwykonawców żądających bezpośredniej zapłaty od zamawiającego i wypłacił na ich rzecz kwotę 1 505 650,20 zł. Z tego tytułu została naliczona kara umowna w kwocie 16 890 683,40 zł, co potwierdza dowód wniesiony przez Odwołującego w postaci noty księgowej obciążeniowej 5/04/2023.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż wykonawca bezpodstawnie uruchomił jeszcze przed odbiorem inwestycji gwarancję bankową, pobierając z niej kwotę płatności końcowej w wysokości 14 075 569,48 zł.

Izba zważa, że powoływanie się przez Odwołującego, iż „z treści pisma przekazanego przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Mielcu w dniu 11 czerwca 2024 r. wynika daleko idąca niepewność co do kwalifikacji wysokości i kwalifikacji prawnej naliczonej kary umownej czy wykonawstwa zastępczego oraz przyczyn”, nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, bowiem to obecny zamawiający jako gospodarz postępowania ocenia, czy na podstawie przekazanych dokumentów źródłowych przez Odwołującego i informacji przekazanych przez Zamawiających, zaistniały przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba Zamawiającym, uznała, że spełnione zostały przesłanki wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP także w przypadku Umowy Mielec, ponieważ Wykonawca popadł w zwłokę, a przyczyny zwłoki w znacznym stopniu wynikały z zaniechań Wykonawcy na początkowym etapie realizacji Umowy związanych z technologią posadowienia obiektu. Wykonawca nie wykonał całego zakresu robót i nie rozliczył się prawidłowo z podwykonawcami, jak również bezprawnie uruchomił gwarancję bankową, wszedł w posiadanie płatności końcowej pomimo, iż nie zostały zrealizowane przesłanki wymagalności roszczenia wynikającego z Umowy.

Nadto niewykonanie, nienależyte wykonanie oraz długotrwale nienależyte wykonywanie Umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Termin realizacji zamówienia ustalony ostatecznie aneksem nr 8 na dzień 24 stycznia 2022 r. nie został dochowany przez wykonawcę (na ten dzień roboty były jeszcze w toku), co skutkowało tym, że Zamawiający Gmina Miejska Mielec – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Mielcu zmuszona była do wykonania zastępczego i nałożeniem na Odwołującego pismem z dnia 13 grudnia 2022 r. kary umownej za nieterminową realizację kontraktu oraz za dokonanie bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców, jak również dochodzenia od Odwołującego częściowego zwrotu świadczenia w kwocie 164 057,40 zł z uwagi na okoliczność, iż zamówienie

wykroczyło swym zakresem poza zakres świadczenia wynikający z umowy z wykonawcą.

Niezależnie od powyższego, nie ma racji Odwołujący, że m.in. naliczenia kar umownych nie są wystarczającą podstawą do wykluczenia Odwołującego. Należy bowiem zauważyć, że dla ziszczenia się podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP nie jest konieczne „zasądzenie” odszkodowania, na co zwrócił uwagę również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważa, że konstrukcja przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP nie powoduje braku możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy z tytułu nienależytego wykonania istotnego zobowiązania umownego naliczono mu kary umowne, ponieważ pojęciu „odszkodowania” użytym w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP mieścić się będą również ustalone w umowie w oparciu o art. 483 § 1 KC kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego.

Biorąc pod uwagę powyższe również w zakresie pozostałych skutków niewywiązania się wykonawcy z istotnych zobowiązań umownych wskazanych w przedmiotowej normie, dla zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP przez Zamawiającego nie jest konieczne rozstrzygnięcie tych kwestii przez sąd powszechny, ponieważ Zamawiający każdorazowo, po dogłębnej analizie danego stanu faktycznego i prawnego powinien rozważyć, czy faktycznie skutecznie doszło do wypowiedzenia/odstąpienia od umowy, zapłaty odszkodowania, wykonania zastępczego, czy też realizacji uprawnień z tytułu rękojmi (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.11.2021 r. o sygn. akt KIO 3078/21).

Tym samym nieprawidłowe jest zapatrywanie Odwołującego jakoby tylko sądy powszechne rozpatrujące spory Odwołującego z Zamawiającymi (Gmina Czernica, Tramwaje Śląskie S.A., Gmina Miejska Mielec – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Mielcu), byłyby władne w sposób wiążący spory rozstrzygnąć. Zdaniem Izby, Zamawiający ma pełne prawo do arbitralnego uznania, że doszło do spełnienia się przesłanek do wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Potwierdza to wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2022 r., o sygn. akt KIO 1199/22, zgodnie z którym: „przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wymaga stwierdzenia naruszenia przez sąd, wymagając jedynie jednostronnej negatywnej decyzji zamawiającego. Jeżeli zamawiający wpisał podstawę wykluczenia wynikającą z ww. artykułu w prowadzone postępowanie, wówczas zaistniała sytuacja powoduje ziszczenie się tej sankcji względem wykonawcy, który spowodował wypowiedzenie umowy o zamówienie publiczne”.

W konsekwencji rozstrzygnięcia sądów powszechnych pozostają irrelevantne dla oceny ziszczenia się przesłanek wykluczenia, do której uprawniony jest wyłącznie Zamawiający.

Konkludując, w ocenie Izby, we wszystkich trzech opisanych powyżej zamówieniach publicznych, Odwołujący jako wykonawca robót budowlanych, okazał się nierzetelny i niewiarygodny, doprowadzając tym samym do utraty zaufania do Odwołującego przez obecnego Zamawiającego, wynikająca z błędów popełnionych przez Odwołującego przy wykonywaniu zamówień w ramach Umowy Mielec, Umowy Sosnowiec i Umowy Czernice, które naraził ww. Zamawiających na znaczne szkody, zmuszając ich do wykonania zastępczego oraz obciążenia Odwołującego karami umownymi w ramach odpowiedzialności Odwołującego z tytułu udzielonej gwarancji oraz odpowiedzialności odszkodowawczej.

Nadto Izba zważa, że pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego do odwołania, jak również wskazywane przez Odwołującego na rozprawie wyróżnienia/nagrody co do wybudowanej hali sportowej w Mielcu, nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Tym samym, w ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny.

Z kolei przechodząc do zarzutu ewentualnego, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 4 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 PZP poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i ograniczenie się przy ocenie okoliczności wystąpienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP wyłącznie do otrzymanych od Odwołującego dokumentów w odpowiedzi na wezwanie z dnia 6 czerwca 2024 r. oraz pozyskanych samodzielnie przez Zamawiającego informacji od zamawiających, którzy udzielili trzech spornych zamówień, podczas gdy Zamawiający po uzyskaniu informacji od innych zamawiających powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień aby poznać jego stanowisko a nie opierać się jedynie o subiektywną opinię zamawiających, którzy pozostają w sporach procesowych z Odwołującym a zatem co oczywiste w ramach strategii procesowej przedstawiają okoliczności realizacji umów w negatywnym dla Odwołującego świetle, przez co Zamawiający oceniając istnienie podstaw do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP nie miał pełnej informacji i błędnie uznał, że wystąpiły przesłanki z art. 109

ust. 1 pkt. 7 ustawy PZP, jest w ocenie Izby niezasadny.

W pierwszej kolejności, Izba zważy, że zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w , lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Oznacza to, że zastosowanie powyższej normy prawnej ma wyłącznie charakter fakultatywny, o czym świadczy użycie przez ustawodawcę słowa „może”. Tym samym nie można czynić zarzutu Zamawiającemu, że z niego nie skorzystał.

Nadto w zakresie dodatkowego wezwania Odwołującego należy podnieść, że ze względu na to, iż jest to uprawnienie (a nie obowiązek) Zamawiającego, Izba zważy, że Zamawiającymóglby z niego skorzystać wyłącznie w sytuacji, gdy złożone oświadczenie wykonawcy, podmiotowe środki dowodowe lub inne oświadczenia lub dokumenty budzą jego wątpliwości, co jednak w niniejszej sprawie nie wystąpiło, o czym świadczą słowa Zamawiającego: „Zamawiający nie powziął żadnych wątpliwości, po zapoznaniu się z całokształtem dokumentów z trzech postępowań (dotyczących Umowy Czernice, Umowy Sosnowiec i Umowy Mielec), z powodu których miałby wzywać Odwołującego do dodatkowych wyjaśnień”, zwłaszcza, że przedłożone przez Odwołującego dokumenty źródłowe w ocenie Izby stanowią wiarygodne źródło dla oceny sytuacji podmiotowej Wykonawcy.

W związku z powyższym, zarzut ten w ocenie Izby jest niezasadny.

Przechodząc do ostatniego zarzutu (zarzut ewentualny), tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 110 ust. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 PZP poprzez niezasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do przeprowadzenia procedury samooczyszczczenia i tym samym przedwczesne zakończenie oceny sytuacji podmiotowej Odwołującego ograniczonej wyłącznie do oceny okoliczności faktycznych i prawnych przebiegu realizacji trzech ww. zamówień, podczas gdy Zamawiający powinien przed ewentualnym podjęciem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP umożliwić mu skuteczne przeprowadzenie procedury samooczyszczczenia zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy PZP, po której zakończeniu możliwe powinno być ostateczne dokonania oceny sytuacji podmiotowej z uwzględnieniem podjętych środków naprawczych, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważy, że zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy PZP, Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
 - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Biorąc powyższy przepis pod uwagę, który w swej normie odnosi się do okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2–5 i 7–10, Izba stoi na stanowisku, że brak sformułowania przez Wykonawcę Balzola Polska Sp. z o.o. słów stwierdzających przyznanie się do winy, przy czym „przyznanie się do winy” może zostać przekazane w różny sposób w zależności od okoliczności danej sprawy, oznacza de facto, że Wykonawca Balzola Polska Sp. z o.o. nie uznaje deliktu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, a tylko w przypadku uznania deliktu poprzez „przyznanie się do winy” możliwe jest zastosowanie procedury samooczyszczczenia.

Znamienne jest również to, że z jednej strony Odwołujący podnosi zarzut zaniechania wezwania do przeprowadzenia procedury samooczyszczczenia a z drugiej strony stwierdza, że „od Odwołującego nie powinno się też wymagać przeprowadzenia samooczyszczczenia”, co w ocenie Izby oba te zdania się wzajemnie wykluczają.

Należy bowiem zauważyć, że w powyższej normie prawnej w ogóle nie występuje słowo „wezwanie”, np. zamawiający wzywa wykonawcę, a tym samym w ocenie Izby nie ma racji Odwołujący, iż to na Zamawiającym spoczywał obowiązek wezwania Odwołującego do zastosowania procedury samooczyszczczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż self-cleaning jest procedurą autonaprawczą, przeprowadzaną samodzielnie przez wykonawcę, co potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4

grudnia 2023 r. o sygn. akt KIO 3376/23, w którym to Izba wskazała, że: „Rozpatrując moment, kiedy wykonawca powinien wystąpić z procedurą samooczyszczenia, to co do zasady powinna zostać ona podjęta z inicjatywy samego wykonawcy, poprzez wskazanie w oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie”. Konkludując, z procedury samooczyszczenia może skorzystać wykonawca przyznający się do naruszenia oraz który udowodni wdrożenie środków naprawczych, przekonując jednocześnie Zamawiającego o swojej rzetelności i wiarygodności, dającym gwarancję należytego wykonania zamówienia, a czego w ocenie Izby w niniejszej sprawie zabrakło.

Tym samym, zarzut ten jest w ocenie Izby niezasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 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 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: