

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez wykonawcę **TOM Sp. z o.o., ul. Malborska 134, 82500 Kwidzyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Tczew, ul. Lecha 12, 83-110 Tczew**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: **Gminie Tczew, ul. Lecha 12, 83-110 Tczew** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, jak unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego: **TOM Sp. z o.o., ul. Malborska 134, 82500 Kwidzyn** obie z 30.04.2024 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciążyć **Gminę Tczew, ul. Lecha 12, 83-110 Tczew** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę **TOM Sp. z o.o., ul. Malborska 134, 82500 Kwidzyn** tytułem uiszczanego wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez **Gminę Tczew, ul. Lecha 12, 83-110 Tczew** tytułem wydatków pełnomocnika Zamawiającego i kwotę **336 zł 00 gr** (trzysta trzydzieści sześć złotych zero groszy) poniesioną przez **Gminę Tczew, ul. Lecha 12, 83-110 Tczew** tytułem kosztów dojazdu Zamawiającego na rozprawę,

2.2. zasądza od **Gminy Tczew, ul. Lecha 12, 83-110 Tczew** na rzecz wykonawcy **TOM Sp. z o.o., ul. Malborska 134, 82500 Kwidzyn** kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 1583/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na: „Budowę chodnika w Swarzędzie przy Kościele”, numer postępowania: WOS 271.1.11.2, opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29.03.2024 r. pod nr 2024/BZP 00266108/01 przez: Gminę Tczew, ul. Lecha 12, 83-110 Tczew zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „Pzp” albo „PZP” albo „p.z.p.”.

W dniu 30.04.2024 r. (poprzez platformę zakupową e-Zamówienia) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: R.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usługowa „RADEX” R.W., Międzyłęż 46, 83-122 Międzyłęż zwana dalej: „Firma Usługowa „RADEX” R.W.”. Jednocześnie Zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp TOM Sp. z o.o., ul. Malborska 134, 82500 Kwidzyn zwana dalej: „TOM Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. „(...) został wykluczony z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych o brzmieniu: „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”. Wykonawca podczas realizacji umowy dot. przebudowy ulicy Szkolnej w Czarlinie wykonał roboty objęte umową z opóźnieniem, z związku z czym Zamawiający zastosował odszkodowanie naliczając Wykonawcy kary umowne za nieterminowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z opinią Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 listopada 2022 r. w pojęciu „odszkodowania”, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych mieszczą się również ustalone w umowie, w oparciu o art. 483 § 1 KC, kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Art. 483 § 1 KC wskazuje, że zapłata określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (). (...)”. Powyższe skutkowało także w konsekwencji odrzuceniem przez Zamawiającego oferty TOM Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dnia 06.05.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 30.04.2024 r. złożył TOM Sp. z o.o. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (poprzez platformę zakupową e-Zamówienia). Zamawiający dokonał odrzucenia Oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Powołując się na wcześniejszą umowę o numerze WOS.272.155.2023 z dnia 05.09.2023r. oraz postępowanie dotyczące Przebudowy ul. Szkolnej w Czarlinie informuję iż opóźnienie w realizacji umowy wynosiło zaledwie 29 dni co nie doprowadziło z tego tytułu do długotrwałego niewykonania umowy. Wszelkie koszty naliczenia kar zostały opłacone w terminie. Kary zostały naliczone za opóźnienie za niewykonanie umowy w terminie, a nie z przyczyn nienależytego wykonania umowy czy też złego wykonania prac. Informuję również, że naliczenie kary przy tym postępowaniu nie miała miejsca prawnie. Jako Wykonawca robót dostarczyłem Zamawiającemu, dowody w postaci raportów pogodowych IMGW dotyczących warunków atmosferycznych uniemożliwiających wykonywanie prac zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Na podstawie przedstawionych dowodów umowa powinna być wydłużona. Niestety, ale w tej kwestii Zamawiający nie odniósł się do dowodów oraz nie wydłużył terminu wykonania prac. Proszę zwrócić uwagę, że prace przy inwestycji pn. „Przebudowa ul. Szkolnej w Czarlinie” zostały wykonane należyście, zostały odebrane zgodnie z prawem zamówień publicznych, prawem budowlanym czego potwierdzeniem jest podpisany protokół odbioru robót. Jako Wykonawca zgodnie z umową wpłaciliśmy zabezpieczenie należytego wykonania umowy, Zamawiający nie musiał korzystać z owego zabezpieczenia tym samym nie żądał odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Z wiedzy Wykonawcy oraz zgodnie z wyroku z dnia 8 stycznia 2018 r., KIO 2711/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp2004 (aktualnie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie”. Wykluczając Wykonawcę Zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z Wykonawcą. Zamawiający powołując się na powyższy art. z pzp w uwzględnił, okoliczności iż umowa dotycząca postępowania Przebudowy ul. Szkolnej w Czarlinie nie została rozwiązana co oznacza że przesłanki nie zostały spełnione łącznie i tym samym Zamawiający nie może wykluczyć Wykonawcy z zamówienia publicznego oraz dokonać wyboru oferty firmy konkurencyjnej, co doprowadzi do nieuczciwej konkurencji. Wykluczając wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający nie może opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło np. do wypłacenia odszkodowania, ponieważ takie zdarzenie nie miało miejsca. Zamawiający musi także wykazać, że do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy doszło, ponieważ Wykonawca w znacznym stopniu lub w zakresie nie wykonał lub nienależyście wykonał albo długotrwale nienależyście wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji. Oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, czego konkretnie Wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji nie wykonał. Zamawiający musi również wykazać, że określone we wcześniejszej umowie w sprawie zamówienia publicznego lub umowy zobowiązanie, którego Wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależyście, było dla tej umowy istotne („w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyście wykonał”). Ponadto Przebudowa ul. Szkolnej w Czarlinie była dostępna dla mieszkańców i użytkowników jak również wjazdy do posesji zostały wykonane tak aby uczestnikom ruchu drogowego nie stwarzało to większego problemu. Droga w każdym momencie była przejezdna. W świetle dyrektywy 2014/24/UE oznacza to, że Zamawiający musi wykazać, że Wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależyście w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące. Jako przykład nienależytego wykonywania umowy Ustawodawca unijny podaje znaczące wady dostarczonego produktu, które spowodowały jego niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, niemniej jednak Zamawiający w zakresie każdej konkretnej umowy zobowiązany jest każdorazowo sprecyzować, co zostało niewykonane lub nienależyście wykonane i jakie okoliczności przesądzają o tym, że to niewykonanie lub nienależyte wykonanie miało charakter znaczący lub uporczywy, a zatem było istotne dla realizacji umowy. Ponadto niezależnie od wykazania istotności zachowania Wykonawcy, Zamawiający musi jeszcze wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w ogóle nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Powody, dla których Wykonawca nie wykonał lub nienależyście wykonał albo długotrwale nienależyście wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy. Rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej. Nienależyte wykonanie umowy oznacza wykonanie jej w sposób odbiegający od treści umowy i zamawiający powinni dochowywać szczególnej staranności przy sporządzaniu uzasadnienia wykluczenia wykonawcy. Elementem warunkującym zastosowanie tej fakultatywnej przesłanki jest niewykonane lub nienależyte wykonanie umowy i to w znacznym stopniu lub zakresie. Tym samym oprócz wskazania na okoliczność wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy,

zamawiający powinien wskazać, dokładne powody wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, mające swoje źródło w postanowieniach wcześniejszej umowy. Uważam iż Zamawiający nie dokonał wyżej opisanych czynności, ponieważ w świetle prawa Pzp takich okoliczności nie ma. Wszystkie wyżej wymienione argumenty nie mają znaczenia w sprawie podmiotowej. Wnoszę o ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na: „Budowę chodnika w Swarzędzie przy kościele”.

Zamawiający w dniu 07.05.2024 r. (poprzez platformę zakupową e-Zamówienia) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 23.05.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Kopia została przekazana Odwołującemu. W odniesieniu do zarzutów odwołania wskazał następujące twierdzenia i dowody. W ocenie Odwołującego nie było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. albowiem opóźnienie przy realizacji umowy „Przebudowy ul. Szkolnej w Czarlinie” wynosiło „zaledwie” 29 dni. Dodatkowo odwołujący wskazuje, iż uiszczył kary za opóźnienie. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż kary nie zostały naliczone zasadnie albowiem dostarczył zamawiającemu materiały dowodowe potwierdzające zaistnienie okoliczności niezależnych od wykonawcy, które stały na przeszkodzie terminowemu wykonaniu umowy. Zamawiający zaprzecza otrzymaniu tego adekwatnego do sprawy rodzaju materiału dowodowego. W dalszej części odwołania Odwołujący wskazał, iż wykonał prace objęte umową na przebudowę ulicy Szkolnej w Czarlinie. W odwołaniu przywołano także twierdzenie, iż nie doszło do wypłacenia odszkodowania. Odwołujący prezentując swoje stanowisko prawne wskazał, iż Zamawiający winien wykazać, czego konkretnie „wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji nie wykonał”. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż doszło do nieterminowego wykonania przedmiotu zamówienia. Naliczenie kary wynika explicite z dołączonej przez odwołującego „noty księgowej” z 13.02.2024 r. na kwotę 17 660,22 zł za 29 dni zwłoki (sposób wyliczenia: 608 973,00 zł x 0,1 % x 29 dni).

Odwołujący wskazał również, iż Zamawiający winien wykazać istotność naruszonego przez wykonawcę obowiązku. W ocenie Zamawiającego za istotne uchybienie terminowi (przy umowie z 6 miesięcznym terminem wykonania) należy uznać, to które miało miejsce w przedmiotowej sprawie tj. wynoszące 29 dni. W odwołaniu wskazano również, iż powody, dla których Wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy mogą wynikać z różnych przyczyn, w tym również leżących po stronie zamawiającego. Zamawiający zaprzecza, aby takie okoliczności miały miejsce w przedmiotowej sprawie. Do niewykonania umowy na realizację ul. Szkolnej w Czarlinie doszło z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy. Odwołujący w końcowej części odwołania wniósł o ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wedle osądu Zamawiającego stanowisko przedstawione przez wykonawcę nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności już ze zgromadzonego przy odwołaniu (nota) materiału dowodowego wynika, że zaistniały przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. pozwalające na wykluczenie Odwołującego. Odwołujący sam przyznał, iż dopuścił się 29 dniowego przekroczenia terminu wykonania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do naliczenia kary umownej. Dodatkowo wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z umowy (w załączeniu do niniejszej odpowiedzi na odwołanie – umowa WOS.272.155.2023 zawarta w dniu 05.09.2023 r. pomiędzy Gminą Tczew a TOM sp. z o.o.) na fakt istnienia zobowiązania, terminu jego wykonania oraz innych obowiązków z niej wynikających. Ponadto wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z noty, załączonej do odpowiedzi na odwołanie na fakt niewykonania umowy w terminie oraz naliczenia z tego tytułu kary umownej.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż nie doszło do naliczenia odszkodowania wskazuję, iż norma wynikająca z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. ma źródło w art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE. Lz 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.). Wskazany przepis 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. Zgodnie z dominującym stanowiskiem doktryny, orzecznictwa i opinii Prezesa UZP pojęcie "odszkodowanie" należy interpretować szeroko zgodnie z celem dyrektywy klasycznej ("lub inne porównywalne sankcje"). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 k.c., por także Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, wydanie II, 2023). W przepisie jest mowa o odszkodowaniu, którego nie można zawęzić wyłącznie do "odszkodowania sensu stricto", rozumianego jako tradycyjne odszkodowanie uzyskane na podstawie zasad ogólnych odpowiedzialności odszkodowawczej przewidzianych w Kodeksie cywilnym (art. 471 k.c. i n.). W pojęciu "odszkodowania" użytym w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP mieścić się będą również ustalone w umowie na podstawie art. 483 § 1 k.c. kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Nie ulega w doktrynie prawa cywilnego, iż art. 483 § 1 k.c. wskazuje, że zapłata

określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania - ze swojej istoty zastępuje ona zatem odszkodowanie z art. 471 k.c. Nieuzasadnione byłoby różnicowanie sytuacji prawnej i faktycznej wykonawców, na których z uwagi na nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego nałożono karę umowną od sytuacji wykonawców, którzy ponieśli odpowiedzialność odszkodowawczą z tego tytułu na podstawie art. 471 k.c. w sądowym lub pozasądowym trybie. Na takim stanowisku stoi również Krajowa Izba Odwoławcza (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19 listopada 2021 r., KIO 3078/21, LEX nr 3335148). Niewątpliwie zatem kary umowne nałożone na wykonawcę – TOM sp. z o.o. - wypełniają dyspozycję omawianego przepisu w zakresie pojęcia odszkodowania i powinny być uwzględniane przez wykonawców przy wypełnianiu JEDZ w zakresie fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP (oczywiście, gdy znajduje on zastosowanie). Podkreślić należy za Sądem Okręgowym w Warszawie (wyrok z dnia 26 września 2023 r., sygnatura akt XXIII Zs 12/23, LEX nr 3628360), że w obrocie gospodarczym, także w ramach realizacji zamówień publicznych niezwykle często zdarza się, że w przypadku naliczenia kary umownej powstaje pomiędzy stronami umowy spór co do jej zasadności. Sam fakt niezadowolenia kontrahenta obciążonego karą umowną nie powoduje, że znika ona z obrotu. Dopiero odpowiedni wyrok sądu bądź zawarte pomiędzy stronami porozumienie może ewentualnie zaświadczyć o nieuprawnionym naliczeniu takiej kary.

W przedmiotowej sprawie odwołujący nie przedstawił żadnego materiału dowodowego pozwalającego stwierdzić, iż kary naliczone zostały niezasadnie. Przywołał jedynie gołosłowne twierdzenia, iż zaistniały niezależnego od niego przesłanki, które nie pozwoliły na wykonanie zobowiązania w terminie. Ponownie Zamawiający podkreśla, iż zaprzecza zaistnieniu tego rodzaju przesłanek, a także otrzymaniu od Odwołującego przywołanych przez niego materiałów.

Przed dokonaniem wykluczenia Zamawiający dokonał właściwej subsumpcji stanu faktycznego pod hipotezę normy, czyli ocenił, czy dane zdarzenia wskazane przez wykonawcę, a wymienione w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. powstały z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Analizy takiej dokonał już na etapie naliczenia kar stanowiących formę zryczałtowanego odszkodowania, co znalazło odzwierciedlenie w czynności wystawienia noty potwierdzającej to zdarzenie prawne. Nie została ona zakwestionowana. Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu miał na uwadze fakt, iż opóźnienie było w stosunku do terminu wykonania umowy znaczne. Termin wykonania umowy należy do istotnych postanowień i obowiązków wykonawcy. Pierwotny termin wykonania prac objętych umową WOS.272.155.2023 zawartą w dniu 05.09.2023 r. pomiędzy Gminą Tczew a TOM sp. z o.o. ustalony był na 04.12.2023 r. W dniu 12.01.2024 r. na naradzie w Urzędzie Gminy Tczew tj. 3 dni przed końcem terminu wynikającego z umowy ustalono, że odcinek drogi, który został nieprawidłowo ułożony wymaga przełożenia, brak znaków drogowych zgodnych ze stałą organizacją ruchu, brak zgłoszenia o zakończeniu robót. W dniu 15.01.2023 r. TOM sp. z o.o. otrzymała wezwanie o niedotrzymaniu terminu umownego i możliwości odstąpienia od umowy przez inwestora (pismo skutecznie odebrano 17.01.2024 r.). W odpowiedzi na wezwanie dnia 18.01.2024 r. (tj. 3 dni po terminie umownym) wykonawca zwrócił się z prośbą o wydłużenie terminu umowy oraz poinformował, że nadal do wykonania zadania konieczne jest wykonanie 10 wjazdów na posesję, wykonanie 50 m2 nawierzchni, poprawa na 100 m2 ułożonej nawierzchni (obecne ułożenie nie pozwalało na jego bezpieczne użytkowanie), obrobienie 3 studni w ciągu pieszo jezdny (brak uzupełnienia przestrzeni wokół studni oznacza, że wkoło niej są dziury, które nie pozwalają na użytkowanie drogi zgodnie z jej przeznaczeniem, ponadto stwarza to realne zagrożenie w ruchu drogowym). Dodatkowo wykonawca poinformował, że posiada materiał niezbędny do zakończenia prac budowlanych i wyraził chęć zakończenia prac. Powyższe spowodowało, że Gmina Tczew jako inwestor nie odstąpiła od umowy. Zatrudniony Inspektor negatywnie zaopiniował wniosek wykonawcy o przedłużenie terminu podnosząc jako argument, że warunki atmosferyczne nie były obiektywnie i technicznie nie stanowiły powodu, z którego prace nie zostały wykonane w terminie. Nie uznano za zasadne, aby przedłużyć termin wykonania prac (wnioskowany termin 5 dni roboczych gdzie zakończenie prac i odbiór nastąpił 13.02.2024 r.). W odniesieniu do protokołu odbioru, wyjaśnienia inwestora, noty księgowej wykonawcy nie wniósł uwag. Jednocześnie podnosząc argument, że w przypadku inwestycji prywatnych gdzie dojazd do danej nieruchomości jest ograniczony przez 29 dni, być może można by uznać za nieistotne. Jednakże w przypadku drogi gminnej, która jest drogą dojazdową do miejsc użyteczności publicznej (przedszkole, świetlica), brak możliwości swobodnego korzystania z terenu przez kolejne 29 dni należy uznać jako długotrwałe. Jednocześnie opisane powyżej problemy tj. dziury w drodze w okolicy studzienek, zmiana nawierzchni na drodze w okresie zimowym, w którym prowadzono prace przez czas o 29 dłuższy od zakładanego powoduje, że niewykonanie zadania w terminie ma istotne znaczenie dla zamawiającego tj. zarządcy drogi. Wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów: notatka służbowa spisana w dniu 12.01.2024 r. celem wykazania, iż na dzień 12.01.2024 r. termin wykonania inwestycji był zagrożony oraz informowano wykonawcę o możliwości naliczania kar umownych (notatka podpisana również przez przedstawiciela wykonawcy); stanowiska inspektora nadzoru inwestorskiego J.J. z dnia 25.01.2024 r. celem wykazania, iż wniosek o przedłużenie terminu realizacji zadania nie był zasadny w kontekście wielokrotnego przedłużania terminu wykonania umowy; pisma zamawiającego z i wiadomości e-mail z 05.02.2024 r., 17.01.2024 r. celem wykazania niewykonania zobowiązania w terminie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co

następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta została odrzucona (jako skutek wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu) w wypadku potwierdzenia się zarzutów, ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, oferty Odwołującego oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z 30.04.2024 r. (jako skutek wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp).

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego do odwołania na potwierdzenie okoliczności tam wskazanych:

- 1) Umowę dotyczącą postępowania Przebudowa ul. Szkolnej w Czarlinie /05.09.2023 r./z aneksem nr 2 /z 28.12.2023 r./;
- 2) Protokół z odbioru Przebudowa ul. Szkolnej w Czarlinie /20.02.2024 r./;
- 3) Potwierdzenia przelewów z Gminy Tczew na rachunek TOM Sp. z o.o. /29.12.2023 r., 01.03.2024 r./;
- 4) Notę odsetkową z 13.02.2024 r.;
- 5) SWZ dotyczący postępowania Budowa chodnika w Swarzędzie przy kościele;
- 6) Informację z otwarcia ofert z Budowa chodnika w Swarzędzie przy kościele /15.04.2024 r./;
- 7) Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczącą Budowy chodnika w Swarzędzie przy kościele /30.04.2024 r./.

Poza tym, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie na potwierdzenie okoliczności w niej wskazanych:

- 1) Umowę WOS.272.155.2023 zawartą w dniu 05.09.2023 r. pomiędzy Gminą Tczew a TOM Sp. z o.o. /załączoną także do odwołania/ z aneksem nr 1 /z 04.12.2023 r./ i aneksem nr 2 /z 28.12.2023 r./;
- 2) Notatkę służbową z 12.01.2024 r.;
- 3) Stanowisko inspektora nadzoru inwestorskiego J.J. z 25.01.2024 r./e-mail/;
- 4) Pismo Zamawiającego i wiadomości e-mail z dnia 05.02.2024 r., 17.01.2024 r.;
- 5) Pismo Zamawiającego z 15.01.2024 r.;
- 6) Pismo Odwołującego z 18.01.2024 r.;
- 7) Pismo Zamawiającego z 01.02.2024 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jaki i treść uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty (czynność Zamawiającego z 30.04.2024 r. przywołana w całości na wstępie orzeczenia). Fakultatywna przesłanka wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp skutkująca odrzuceniem oferty Odwołującego była przewidziana w SWZ (Rozdz. XIV ust.1 pkt 1 lit. c).

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu odwołania, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający może wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia 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. Jest to fakultatywna przesłanka wykluczenia więc wykluczenie będzie dopuszczalne jeśli podstawa wykluczenia została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2 Pzp). Wykluczenie może nastąpić, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia

zdarzenia będącego jego podstawą (art. 111 ust. 4 Pzp). Nadto, Zamawiający może nie wykluczać Wykonawcy, jeśli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Jednocześnie, przepis art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp określa przesłanki, które muszą zaistnieć aby wykluczenie było możliwe:

Po pierwsze: wykonawca dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji;

Po drugie: niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie musi być znaczące co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych;

Po trzecie: przywołane powyżej zachowanie wykonawcy musi dotyczyć istotnego zobowiązania;

Po czwarte: niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź też długotrwałe nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

Po piąte: konsekwencją powyższego było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Z uwagi na sankcyjny charakter omawianego przepisu, którego skutkiem jest pozbawienie wykonawcy możliwości ubiegania się o zamówienie, wszystkie określone w przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie i muszą być interpretowane ściśle.

Nadto, Izba bada zasadność wykluczenia z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, tj. jej prawidłowość na dzień jej dokonania przez Zamawiającego. W ocenie Izby, w ramach informacji o wykluczeniu i odrzuceniu z 30.04.2024 r. Zamawiający nie wykazał okoliczności potwierdzających, że w niniejszej sprawie zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp. Przesłanka wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp wymaga dla jej zastosowania kumulatywnego zaistnienia kilku elementów – brak jednego z nich wyłącza możliwość wykluczenia, to na Zamawiającym leży ciężar dowodu – ciężar wykazania spełnienia wszystkich elementów przesłanki wykluczenia. Zamawiający musi wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego Wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, były dla tej umowy istotne. Rolą Zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także dla możliwości skorzystania przez Wykonawcę z procedury samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Nadto, należy zauważyć, że Zamawiający jeśli uzna, iż w analizowanej sprawie wystąpiły wszystkie przesłanki, powinien rozważyć, czy mimo to wykluczenie w konkretnym przypadku nie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne (art. 109 ust. 3 Pzp). W świetle art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie musi być znaczące co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych.

W konsekwencji wskazanych okoliczności Izba uznała, że czynność z 30.04.2024 r. biorąc pod uwagę jej treść oparta jest tylko i wyłącznie na naliczeniu kary umownej za nieterminowe wykonanie przedmiotu zamówienia podczas realizacji umowy dotyczącej przebudowy ulicy Szkolnej w Czarlinie, tj. z opóźnieniem. Inne przesłanki art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp nie zostały wykazane w ramach przywołanego uzasadnienia. Zamawiający de facto, uznał, że naliczenie kary umownej przesądza o dopuszczalności zakwalifikowania wykonania umowy z opóźnieniem (tej nieprawidłowości), jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu.

W ocenie Izby dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podjął próbę wykazania pozostałych przesłanek z art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp. Sama zapłata kary umownej nie przesądza sama w sobie o konieczności zastosowania wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp. Przy czym, Izba nie podważa, że kary umowne wypełniają dyspozycję omawianego przepisu w zakresie pojęcia odszkodowania (potwierdza to wyrok SO w W-wie z dnia 26.09.23 r., sygn. akt: XIII Zs 12/23) wskazując jedynie, że może to być przesłanka wykluczenia, jeśli spełnione zostały pozostałe.

Z uwagi na brak wykazania w uzasadnieniu wykluczenia wszystkich przesłanek, Izba nie może odnieść w sposób pełny do przesłanek wykluczenia przedstawionych dopiero w odpowiedzi na odwołanie, gdyż było to ze strony Zamawiającego działaniem spóźnionym. Twierdzenie Zamawiającego z rozprawy, że nie przedstawił szerszego uzasadnienia, gdyż uznał, że okoliczności związane z winą Odwołującego są bezsporne, gdyż zapłacił Odwołujący kary umowne bez żadnego protestu nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie.

Izba odnieść się jedynie, co do okoliczności, które były podstawą niedotrzymania terminu, tj. opóźnienia. Zamawiający w tym zakresie przedstawił w odpowiedzi na odwołanie dokumentację, tj. korespondencję między Zamawiającym a Odwołującym w zakresie realizacji umowy dotyczącej przebudowy ulicy Szkolnej w Czarlinie. W przedmiotowej sprawie Zamawiający przedłużył dwukrotnie termin wykonania umowy z pierwotnego 04.12.2023 r. na 28.12.2023 r. (aneks 1), a potem do 15.01.2024 r. (aneks 2), z racji awarii wodociągu. Ostatecznie Zamawiający negatywnie rozpatrzył wniosek Odwołującego z 18.01.2024 r. o kolejne przedłużenie terminu wykonania umowy pismem z 01.02.2024 r. opierając się na stanowisku inspektora nadzoru inwestycyjnego (e-mail z 25.01.2024 r.), jak i biorąc pod uwagę, że wniosek wpłynął po terminie wykonania umowy.

Izba nie przeczy, że inspektor uznał, że niedotrzymanie terminu było spowodowane złą organizacją pracy

Wykonawcy w początkowym etapie realizacji. Jednakże przyznał także że w terminie od 03 do 15.01.2024 r. występowały ujemne temperatury powietrza utrudniające prowadzenie robót, tudzież, że jak wskazywał Wykonawca w sprawozdaniu z badań geotechnicznych podłoże było zamarznięte (zmarzlina). Stwierdził także, że grubość zmarzliny określono w sprawozdaniu z badań, ale nie jest w stanie potwierdzić jej grubości. Może więc jeśli nawet warunki zimowe występujące między 03, a 15.01.2024 r. nie były główną przyczyną niedotrzymania terminu zakończenia robót, w ocenie inspektora nadzoru inwestorskiego, to niewątpliwie bezpośrednio uniemożliwiły wykonanie umowy w terminie. (ich zaistnienie, tj. warunków zimowych potwierdził inspektor w swoim stanowisku z 25.01.2024 r.). Nadto, Wykonawca we wniosku z 18.01.2024 r. i podczas rozprawy wyraźnie wskazywał na fakt, że prace wykonywane w takich, czyli niskich temperaturach mogą niekorzystnie wpłynąć na gwarancję i jakość wykonanej pracy. Załączył także do wniosku z 18.01.2024 r. (co wynika z jego treści i pośrednio ze stanowiska inspektora) badania geologiczne, historie pogody, oświadczenia betoniarni. W konsekwencji warunki atmosferyczne, jak i wymiana wodociągów trwająca równolegle (kwestia ta wynika z aneksów, podniesiona też na rozprawie) stanowiły problem przy realizacji inwestycji będącej podstawą wykluczenia.

Powyższe przywołane okoliczności świadczą na korzyść Odwołującego, że opóźnienie w realizacji, tj. wykonaniu umowy wynikało bezpośrednio z uwagi na warunki atmosferyczne niezależnie od Wykonawcy. Na rozprawie Odwołujący dodatkowo wskazywał, że STWiOR inwestycji która była podstawą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu odrzucenia jego oferty, zastrzegало, iż w wypadku określonych ujemnych temperatur Wykonawca nie może realizować zamówienia. Niniejszemu nie zaprzeczał na rozprawie Zamawiający. Odwołujący stwierdził także na rozprawie, że jego celem było zakończenie robót w warunkach odpowiednich dla realizowanej inwestycji.

W konsekwencji wskazanych okoliczności, jak i braku wykazania pozostałych przesłanek zastosowania art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego, Izba uwzględniła odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 10 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....