

Po rozpoznaniu na rozprawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155/U3 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Praga Północ z siedzibą w Warszawie, ul. Kłopotowskiego 15

orzeka:

1. oddala odwołanie
 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155/U3 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem wpisu uiszczanego przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155/U3, kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 3 600 zł. 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155/U3 na rzecz zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Praga Północ z siedzibą w Warszawie, ul. Kłopotowskiego 15 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika zamawiającego.
- Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn. Wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej remontu części szkolnej budynku oraz przebudowy i remontu części mieszkalnej budynku na potrzeby szkoły oraz pełnienie nadzoru autorskiego przy wykonaniu w ramach zadania inwestycyjnego: „Modernizacja budynku VIII LO im. Władysława IV wraz z adaptacją lokali mieszkalnych na sale dydaktyczne zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2023/BZP 00471165.

W dniu 13 marca 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i o wykluczeniu wykonawcy BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155/U3 z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty.

W dniu 18 marca 2024 r. wykonawca BBC Best Building Consultants Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 155/U3 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 marca 2024r. udzielonego przez prezesa zarządu komplementariusza odwołującego. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy przez wykluczenie odwołującego z postępowania w związku z niezasadnym przyjęciem, że odwołujący z w związku z niezasadnym przyjęciem, że odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, a w konsekwencji uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy ;, pomimo, że odwołujący nie naruszył w sposób zawiniony poważnie obowiązków zawodowych, co rzekomo miałoby podważać uczciwość odwołującego, w szczególności odwołujący nie dopuścił się niewykonania zamówienia lub nienależytego wykonania zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa,
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy przez wykluczenie odwołującego z postępowania w związku z niezasadnym przyjęciem, że odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał

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

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

4)art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy oraz w zw. z 7 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt) ustawy przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego wskutek bezprawnego uznania, że względem odwołującego wystąpiły przesłanki wykluczenia,

5)art. 239 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy GiD Zespół Projektowy G.B. (ul. Międzynarodowa 64/66A lok.135, 03-922 Warszawa, NIP: PL 1130145134, dalej jako „GiD Zespół Projektowy”) jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a sam wybór był co najmniej przedwczesny,

Wniósł o:

I.uwzględnienie odwołania w całości,

II.nakazanie zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego,

b)unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy GiD Zespół Projektowy jako najkorzystniejszej,

c)przeprowadzenie ponownej procedury badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

Ponadto o:

I.orzeczenie od zamawiającego na rzecz odwołującego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności koszt wpisu oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonego na podstawie faktury, która zostanie przedłożony do akt sprawy,

II.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu, znajdujących się w posiadaniu i przekazanych przez zamawiającego, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu,

III.zobowiązanie zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie.

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Na podstawie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13 marca 2024 r. oferta odwołującego, gdyby nie została odrzucona, byłaby ofertą najwyższej ocenioną.

Wybór oferty dokonany był w sytuacji naruszenia przez zamawiającego przepisów na tyle dalece, że wybrano ofertę, która nie jest oferta najwyższej ocenioną i bezzasadnie odrzucono ofertę odwołującego.

Przesłanką legitymacji do wniesienia odwołania jest także możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą, której istotna część koncentruje się wokół usług projektowania. Znaczna część zobowiązań odwołującego dotyczy kontraktów pozyskanych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego. Zainteresowanie uzyskaniem zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez zamawiającego jest zatem związane bezpośrednio z profilem prowadzonej działalności.

Jakiegokolwiek naruszenia po stronie zamawiającego, które mogą mieć wpływ na końcowy wynik postępowania, w przedmiotowym stanie faktycznym wprost narażają odwołującego na szkodę i utratę jednego ze źródeł dochodu

Utrzymanie w mocy decyzji zamawiającego będzie skutkowało uniemożliwieniem odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia i osiągnięcia oczekiwanego zysku.

W przedmiotowym postępowaniu niewątpliwie rażące naruszenia po stronie zamawiającego, szczegółowo wskazane w uzasadnieniu, miały a przynajmniej mogły mieć wpływ na wynik postępowania. W sytuacji rzetelnego badania i oceny ofert, oświadczeń i dokumentów przez zamawiającego, powinno dojść do uznania, że ofertą najwyższej ocenioną jest oferta odwołującego, a nie oferta

W SWZ w sekcji 11 przewidziano obowiązek spełniania określonych warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej:

Na podstawie art. 112 ustawy, zamawiający określa warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy.

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

1)w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał (zakończył) należycie co najmniej jedno zamówienie, polegające na wykonaniu projektu

budowlanego, który obejmował swoim zakresem branże: konstrukcyjno- budowlaną, sanitarną, elektryczną oraz wykończeniową w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budynku - zabytku o kubaturze minimum 18 000,00 m³.

UWAGA:

1 Za wykonaną usługę zamawiający uzna taką usługę, której przedmiot został odebrany przez zamawiającego jako wykonany w sposób należyty.

2 przez wykonanie projektu budowlanego zamawiający rozumie wykonanie projektu budowlanego opisanego powyżej, na podstawie którego otrzymano pozwolenie na budowę.

3 zabytek - wpisany do rejestru zabytków lub ustalenie ochrony w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego albo w decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, decyzji o warunkach zabudowy lub ujętych w wojewódzkiej lub gminnej ewidencji zabytków - art. 3 pkt 1, art. 7 pkt 1 i 4 i art. 19 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

2) dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w szczególności:

a) co najmniej jedną osobę skierowaną na stanowisko projektanta branży architektonicznej - posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności architektonicznej, który będzie pełnił funkcję koordynatora projektu;

b) co najmniej jedną osobę skierowaną na stanowisko projektanta branży konstrukcyjnej- posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej;

c) co najmniej jedną osobę skierowaną na stanowisko projektanta branży sanitarnej - posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, instalacji i urządzeń gazowych, wentylacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych;

d) co najmniej jedną osobę skierowaną na stanowisko projektanta branży elektrycznej - posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Uprawnienia budowlane winny być wydane na podstawie ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. 2023 poz. 682 ze zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (t.j. Dz. U. 2019 poz. 831) lub odpowiadające im inne ważne uprawnienia budowlane, w zakresie adekwatnym do przedmiotu zamówienia, wydane na mocy wcześniej obowiązujących przepisów oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. z 2023 r. poz. 334 ze zm.).

Zamawiający dopuszcza łączenie powyższych funkcji pod warunkiem posiadania przez osobę kwalifikacji odpowiadających wymaganiom dla każdej z wymienionych funkcji. Zamawiający, zgodnie z przysługującym mu uprawnieniem, przewidział w niniejszym postępowaniu stosowanie fakultatywnych przesłanek wykluczenia w zakresie: art. 109 ust. 1 pkt. 5, 7 ustawy, tj.:

-art. 109 ust. 1 pkt. 5 ustawy - który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

-art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy - 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;

Powyższe zapisy nie uległy zmianie do terminu składania ofert, który upłynął 09.11.2023 r. do godz. 12:00. W terminie składania ofert oferty złożyło 8 wykonawców.

W wyniku przeprowadzenia postępowania, w dniu 13 marca 2024 r. wybrano jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Wykonawcę, tj. GiD Zespół Projektowy.

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferta złożona przez w/w wykonawcę uzyskała najwyższą liczbę punktów, tj. 92,13 pkt i została uznana za ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonym w treści SWZ („Cena” - waga 60,00%, „Doświadczenie projektanta w specjalności architektonicznej” - waga 40,00%,).

Oferta złożona przez odwołującego została odrzucona przez zamawiającego, który uznał, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy i art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy .

W uzasadnieniu zawartym na 82 stronach (z czego 80 dotyczy odwołującego) zamawiający wskazał, że decyzję w zakresie odrzucenia oferty odwołującego opiera na podstawie, że w zakresie realizacji umów/ zamówień:

(a) w zakresie pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego w ramach realizacji inwestycji pn. „Nadbudowa budynku Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej” - Zamawiający Wojskowy Szpital Kliniczny Poliklinika sp. z o.o.

(b) dotyczącej pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji inwestycji pn. „Pomoc Techniczna - Inżynier

Kontraktu" dla projektu pn. „Gospodarka wodno- ściekowa w mieście Żyrardów - Etap III” - Zamawiający Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Żyrardów”;

(c)dotyczącej wykonania projektu koncepcji wielobranżowej, projektu budowlanego i projektu wykonawczego na budowę „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” - Zamawiający: Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego;

(d)dotyczącej opracowania dok. Projektowo - kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OsiR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie w ramach zad. Inwestycyjnego pn. „Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1”- Etap I - Zamawiający - Ośrodek Sportu i Rekreacji m.st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz.

-doszło do sytuacji w której wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

-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 konsekwencji zamawiający uznał, że wykonawca oraz podmiot trzeci na zasoby, którego powołuje się wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy i art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy i na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) odrzucił ofertę odwołującego.

Wobec tak ustalonego stanu faktycznego, odwołujący nie znajduje podstaw do uznania, że decyzja zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty GiD Zespół Projektowy jako najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego w związku z błędną oceną co do podlegania wykluczeniu zasługuje na poparcie.

Aby można było dokonać wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy, konieczne jest wykazanie przez zamawiającego, za pomocą stosownych dowodów (udowodnienie), że w odniesieniu do danego wykonawcy spełniły się łącznie wszystkie przesłanki wymienione w przepisie tzn. wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, a w szczególności wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, a działanie wykonawcy było skutkiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Tak więc nie każde niewykonanie/nienależyte wykonanie zamówienia będzie mogło stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Konieczne jest tu wykazanie, że okoliczność taka jest skutkiem zawinionego działania wykonawcy, a dokładnie zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oraz, że ma charakter poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Zamawiający musi udowodnić, że konkretne nienależyte wykonanie umowy/niewykonanie umowy powinno zostać zakwalifikowane jako poważne i zawinione naruszenie obowiązków przez wykonawcę. Dodatkowo na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że naruszenie umownego zobowiązania wykonawcy miało postać kwalifikowaną, tj. wykonawca działał z zamiarem naruszenia obowiązków zawodowych lub z rażącym niedbalstwem, przy czym tego ostatniego nie można traktować na równi z niedochowaniem należytej staranności, gdyż rażące niedbalstwo to kwalifikowana postać braku podwyższonej staranności, zachowanie graniczące z umyślnością. W dalszym wywodzie odwołujący powołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2004 r. I CKN 969/00. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r. IV CK 151/03, stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zgodnie z którym: pojęcie "poważnego wykroczenia" zawarte w art. 45 ust. 2 akapit pierwszy lit. d Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE - Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r. sygn. akt C- 465/11 (Forposta), wyrok KIO z 30 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2199/16. wyrok SO w Krakowie z 23 czerwca 2017 r., sygn. akt XII Ga 219/17.

W ocenie odwołującego zamawiający nie sprostął wykazaniu, że doszło do kumulatywnego spełnienia przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy wobec odwołującego.

W pierwszym rzędzie odwołujący zaprzeczył ocenie zamawiającego, jakoby działania i/lub rzekome zaniechania odwołującego doprowadziły do nienależytego wykonania umowy, mając charakter poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, spowodowanego przynajmniej (jak twierdzi zamawiający) rażącym niedbalstwem wykonawcy.

Ocena dokonana przez zamawiającego zupełnie pomija okoliczności dotyczące zawartych przez odwołującego umów, ich zakresu, wpływ zamawiającego na możliwość sprawnej realizacji poszczególnych działań, stopień skomplikowania projektu. Co więcej, argumentacja przytoczona w uzasadnieniu wykluczenia nie wykazuje, aby negatywnie oceniane przez zamawiającego działania/rzekome zaniechania wykonawcy mogły być zakwalifikowane jako poważne naruszenia obowiązków, wynikające co najmniej z rażącego niedbalstwa wykonawcy i podważające jego uczciwość, nawet z przyjęciem podwyższonego stopnia staranności obowiązującego wykonawcę jako podmiot profesjonalny. Wykonawca w ramach umów wielokrotnie dokładał staranności większej niż wymagana, a dążąc do wykonania umowy podejmował wszelkie działania, także ponad zakres zobowiązania umownego. Wykonawca przystąpił do realizacji umowy niezwłocznie po jej podpisaniu, dysponował odpowiednim personelem, wykazywał się prawdziwym zaangażowaniem.

Doznał jednak przeszkód ze strony zamawiającego, czego skutkiem była konieczność odstąpienia od umowy. Choć zakres zobowiązania wykonawcy, co do którego powinna się odnosić ocena jego działań został wyznaczony treścią umowy, to zamawiający dokonywał tej oceny wobec zakresu innego - rozszerzonego przez nieumocowane w treści umowy, stawiane wykonawcy dodatkowe wymagania i żądania przez zamawiającego, ale także przez podmiot trzeci. Kwestie te szczegółowo poruszone zostały przez odwołującego w przedłożonej zamawiającemu dokumentacji w zakresie odpowiedzi na odstąpienie od umowy przez zamawiającego i odniesienie się przez odwołującego szczegółowo do wskazywanych przez zamawiającego przyczyn odstąpienia od umowy i będą omawiane w dalszej części odwołania. Odwołujący wskazał, że art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy jest przepisem o charakterze złożonym, a jego zastosowanie wymaga udowodnienia, że wystąpiły wszystkie przesłanki w tym przepisie wymienione:

1. po pierwsze, musi nastąpić konkretny skutek w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady,

2. skutek ten musi być konsekwencją niewykonania lub nienależytego wykonania lub długotrwałego nienależytego wykonania istotnych zobowiązań umowy o udzielenie zamówienia publicznego, i dotyczyć znacznego stopnia lub zakresu takiego uchybienia,

3. uchybienia, o których mowa w pkt 2 muszą wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Powołał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2023 r., KIO 481/23, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2021 r. KIO 2706/21.

Odwołujący nie kwestionuje, że w niewielkim procencie zawieranych w toku prowadzonej przez niego działalności umów wystąpił skutek w postaci odstąpienia lub wypowiedzenia kontraktu przez określonego zamawiającego, jednak okoliczności były - wbrew twierdzeniom podnoszonym przez zamawiającego - niezawinione przez odwołującego oraz niezależne od jego woli i podejmowanych przez niego działań.

Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie bierze pod uwagę faktu najistotniejszego dla oceny sytuacji, a mianowicie że powody niewykonania umów, na które powołuje się zamawiający nie leżały po stronie odwołującego. We wszystkich postępowaniach odwołujący jest w sporze z zamawiającymi - co potwierdził zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, a zgromadzony w toku postępowania przez zamawiającego materiał dowodowy jednoznacznie przesądza - wbrew przyjętej przez zamawiającego tezie, że niewykonanie umów przez odwołującego nie leżało po jego stronie.

Powyższe według odwołującego oznacza, że zamawiający bez żadnej refleksji nad zaistniałymi okolicznościami, niejako automatycznie uznaje, że wystarczającym uzasadnieniem dla wykluczenia odwołującego jest fakt, że w oświadczeniach o odstąpieniu lub rozwiązaniu umowy, składający oświadczenie zamawiający oświadczył, że podyktowane jest to zawinionym działaniem odwołującego.

Przyjęcie, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) wystarczające jest przedstawienie faktu odstąpienia od umowy przez zamawiającego publicznego, które korzysta z domniemania prawdziwości / prawidłowości oświadczenia o podstawie tego oświadczenia, byłoby nadużyciem. Sytuacja taka dawałaby zamawiającym mechanizm wywierania presji na wszystkich wykonawcach, którzy są stroną umowy, a którzy z przyczyn nieleżących po ich stronie nie mogą lub nie chcą realizować jej postanowień. Powinno to być traktowane wprost jako nadużywanie prawa przysługującego określonej podmiotowi.

Powołał Wyrok Sądu Najwyższego SN, z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 643/12.

W zakresie Umowy z Wojskowym Szpitalem Klinicznym w Lublinie

Odwołujący wskazał, że zamawiający Wojskowy Szpital Kliniczny w Lublinie złożył oświadczenie odstąpieniu od umowy z uwagi na rzekome nienależyte wykonywanie obowiązków umownych oraz opóźnienie w stosunku do terminów umownych. Złożone przez zamawiającego oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy w zakresie dotyczącym nienależytego wykonywania obowiązków było oczywiście niezasadne, gdyż zamawiający przez cały okres realizacji umowy nie wskazał żadnych konkretnych okoliczności potwierdzających rzekome nienależyte wykonywanie umowy. Takie konkretne okoliczności nie zostały również wskazane w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy. O tym, że umowa była wykonywana należyte świadczy natomiast fakt, że w krótki okres przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy zamawiający odebrał zrealizowany przez wykonawcę etap prac bez uwag, nie naliczając żadnych kar umownych oraz wypłacił wykonawcy pełne wynagrodzenie za ten etap. Jeżeli więc umowa byłaby realizowana nienależyte, oczywistym byłoby, że etap realizacji usług nie zostałby odebrany bez uwag, zamawiający naliczyłby wykonawcy kary umowne i nie wypłaciłby Wykonawcy pełnego wynagrodzenia umownego. Wykonawca świadczył swoje usługi w sposób należyty o czym świadczy chociażby szereg uwag zgłoszonych do dokumentacji projektowej, które okazały się być zasadne i zostały uwzględnione przez projektanta. Wzrost kosztów inwestycji nie był spowodowany winą Wykonawcy jako inwestora zastępczego, lecz wynikał z faktu, że zamawiający nie przewidywał na etapie planowania inwestycji (co miało miejsce przed zawarciem umowy z wykonawcą) konieczności wzmocnienia elementów

konstrukcyjnych budynku. Gdyby tego typu wzmocnienie nie zostało zastosowane, obiekt po jego nadbudowie groziłby katastrofą budowlaną, gdyż dotychczas istniejące elementy konstrukcyjne nie utrzymałyby ciężaru nowej kondygnacji. W zakresie rzekomych opóźnień w realizacji umowy wskazać należy, że umowa była umową o świadczenie usług, a nie umową o dzieło. Tym samym terminy poszczególnych etapów miały charakter orientacyjny i były uzależnione od tempa prac innych uczestników procesu inwestycyjnego. W toku realizacji umowy, wpływ na terminy realizacji inwestycji miały prace projektowe. Projektant był natomiast podmiotem niezależnym od wykonawcy, wybranym przez zamawiającego w ramach innego postępowania przetargowego. Czynności podejmowane przez wykonawcę były więc uzależnione od tempa prac projektanta. Wykonawca, gdy tylko to było możliwe wykonywał swoje obowiązki niezwłocznie. Ponadto, odwołujący zwrócił uwagę, że terminy umowne dla poszczególnych etapów zostały wskazane w umowie przez zamawiającego jako datyienne i ich zachowanie nie było częściowo możliwe z uwagi na fakt, że terminy te przypadały na okres przed zawarciem umowy. Spowodowane to było tym, że przedłużyło się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a zamawiający nie dokonał aktualizacji projektu umowy w tym zakresie. Nie można więc winić wykonawcy za to, że terminy części etapów upłynęły jeszcze przed dniem zawarcia umowy.

Odnosnie Umowy ze Szkołą Główną Gospodarstwa Wiejskiego

Odwołujący przedstawił zamawiającemu szeroki katalog dowodów i oświadczeń, które pokazują okoliczności składania oświadczeń o odstąpieniu przez zamawiających. Z dowodów tych jasno wynika, że odstąpienia były dokonywane w sytuacji istnienia sporu pomiędzy stronami kontraktu, a przypadku wypowiedzenia SGGW, na które powołuje się zamawiający w odrzuceniu oferty, czynność tego zamawiającego była następcza względem oświadczenia o odstąpieniu, które złożył Odwołujący, a które wynikało z okoliczności obiektywnych. To Odwołujący odstąpił od umowy z SGGW. Ponadto zamawiający - SGGW nie naliczył Wykonawcy - BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie kar umownych. Z tytułu wykonania umowy SGGW zapłaciło pełne wynagrodzenie. BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie rozwiązał umowę wcześniej niż zamawiający. SGGW wypowiedziało umowę jako drugie - decyduje data otrzymania oświadczenia i możliwości zapoznania się z pismem, a nie data wskazana na piśmie. Nie jest więc prawdą, że SGGW odstąpiło od umowy i było ono skuteczne, gdyż wysłało wypowiedzenie umowy. W takim przypadku Odwołujący nie musi się odnosić do przedstawionych w wypowiedzeniu SGGW argumentów. Dodatkowo odwołujący podniósł, że nadzór autorski był realizowany za zero złotych, a więc nie wystąpiła po stronie SGGW jakakolwiek szkoda. Nie jest prawdą, że odwołujący nie udzielił odpowiedzi na 125 pytań, gdyż załącznik do informacji o prawach spornych o numerze 26 właśnie potwierdza udzielenie odpowiedzi, co obala przeciwnie twierdzenia SGGW. Ponadto z SGGW toczy się spór przed sądem administracyjnym, gdyż SGGW nie ujawniło swojego stanowiska faktycznego w zakresie odstąpienia od umowy z wykonawcą robót budowlanych SKANKA na tym samym zadaniu inwestycyjnym. W tym stanowisku znajduje się potwierdzenie, że odwołujący nie ponosi winy i nie chce wydać tego dokumentu na podstawie dostępu do informacji publicznej. Co więcej w przedmiotowej sprawie odwołujący wystąpił z pozwem przeciw SGGW o ustalenie bezpodstawności odstąpienia przez SGGW od umowy. Ponadto odwołujący wystąpił z powództwem przeciw SGGW do sądu administracyjnego, z uwagi na fakt, że SGGW notorycznie przez ponad rok czasu odmawiało udostępnienia w ramach informacji publicznej pisma skierowanego do Skanska stanowiącego odstąpienie od umowy przez SGGW. W piśmie tym zgodnie z informacjami ustnymi uzyskanymi od przedstawiciela SGGW znajdują się stwierdzenia, że Odwołujący nie ponosi winy za odstąpienie od umowy SGGW ze Skanska, zatem nie było też podstaw do odstąpienia od umowy przez SGGW z odwołującym.

Odnosnie Umowy ze OSiR Żoliborz

Podobna sytuacja ma miejsce w stosunku do zamawiającego - Ośrodek Sportu i Rekreacji w Dzielnicy Żoliborz. W toku prac projektowych wystąpiła konieczność wykonania szeregu prac dodatkowych wynikających z bieżących oczekiwań zamawiającego oraz błędów koncepcji stanowiącej załącznik do SWZ, polegających na niezgodności zamierzenia budowlanego z miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego. Powyższe spowodowało wydłużenie w czasie realizacji umowy. Zamawiający co do zasady zgadzał się z wykonawcą, że wystąpiła konieczność wystąpienia robót dodatkowych, które miały wpływ m. in. na terminy umowne, niemniej jednak odraczał w czasie moment zawarcia aneksu z uwagi na wartość tych robót dodatkowych. W trakcie negocjacji dotyczących aneksu, zamawiający zmienił swoje stanowisko wskazując, że wykonawca nie wykazał zasadności zawarcia aneksu do umowy. Ponadto, zamawiający, mimo że polecał wykonawcy prowadzenie prac odbiegających od OPZ, w trakcie procedury odbiorowej zgłaszał uwagi dotyczące niezgodności prac projektowych z OPZ. Ostatecznie, zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z rzekomej winy wykonawcy, niemniej jednak oświadczenie to było nieskuteczne. Przedmiotowe oświadczenie zostało bowiem złożone po upływie określonego w umowie 14 dniowego terminu na złożenie takiego oświadczenia liczonego od upływu terminu realizacji umowy. Niezależnie od powyższego, odstąpienie było nieskuteczne również z uwagi na fakt, że zachowanie terminu umownego nie było możliwe z uwagi na konieczność wykonania szeregu prac dodatkowych i zamiennych. Ponadto, na dzień złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, dokumentacja projektowa była już wykonana w całości i wykonawca oczekiwał na wydanie pozwolenia na budowę.

Zamawiający przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy odwołał pełnomocnictwa dla wykonawcy, czym uniemożliwił wykonawcy udział w postępowaniu o wydanie decyzji w przedmiocie pozwolenia na budowę. Zamawiający po złożonym odstąpieniu od umowy kilkakrotnie odmówił przyjęcia dokumentacji projektowej, mimo, że wykonawca podejmował próby jej wydania w siedzibie zamawiającego. Z uwagi na powyższe, wykonawca zakwestionował skuteczność i zasadność odstąpienia od umowy. Czynność tego zamawiającego była następcza względem oświadczenia o odstąpieniu, które złożył odwołujący, a które wynikało z okoliczności obiektywnych.

Zamawiający przyjął jedynie wersje przedstawioną mu przez zamawiających w uzyskanych przez niego odpowiedziach na udzielenie informacji, nie odnosząc się w najmniejszym zakresie do przedstawianych przez odwołującego twierdzeń i stanowiskach. Zamawiający przyjął wyłącznie twierdzenia wskazane mu przez zamawiających, pomijając okoliczności, że to Odwołujący w większości spraw wystąpił z powództwem do Sądu, zarówno w zakresie ustalenia istnienia stosunku prawnego, kar umownych, czy też zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane prawidłowo zobowiązania - uzyskując z tego tytułu ochronę w wyniku której odwołujący uzyskał m.in. prawomocny nakaz zapłaty, a od którego zamawiający nie złożył sprzeciwu, podczas gdy zamawiający - według wiedzy odwołującego - nie wystąpili do Sądu w żadnej ze spornych spraw.

Kluczowe znaczenie według odwołującego dla prawidłowej interpretacji omawianych norm ma okoliczność, że art. 109 ust. 1 pkt 7) ma charakter stricte sankcyjny. Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w tym przepisie wiąże się dla wykonawcy z bardzo dotkliwą karą, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres trzech lat (z zastrzeżeniem uprawnienia wykonawcy do skorzystania z instytucji samooczyszczenia). Sankcyjny charakter omawianej regulacji nakazuje ścisłą jej interpretację, w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej. Jakiegokolwiek wątpliwości należy w związku z tym rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

Odwołujący przedstawił zamawiającemu szeroki katalog dowodów i oświadczeń, które pokazują okoliczności składania oświadczeń o odstąpieniu przez zamawiających. Z dowodów tych jasno wynika, że odstąpienia były dokonywane w sytuacji istnienia sporu pomiędzy stronami kontraktu, a przypadku wypowiedzenia SGGW i PGK Żyrardów, na które powołuje się zamawiający w odrzuceniu oferty, czynności tych zamawiających były następcze względem oświadczenia o odstąpieniu, które złożył odwołujący, a które wynikało z okoliczności obiektywnych. Dodatkowo odwołujący wskazał, że w przypadku PGK Żyrardów, zamawiający dokonał zapłaty całości wynagrodzenia za III kwartał, uznając tym samym prawidłowo zrealizowanego przed odwołującego zamówienia, a które to nieprawidłowość w realizacji umowy, miały być podstawą do odstąpienia przez zamawiającego zawartej z odwołującym umowy. Wskazać również należy, że odwołujący zakwestionował noty obciążające go przez PGK Żyrardów karami umownymi.

Decyzja zamawiającego jest arbitralna, a jej podstawy nie zostały w żaden sposób podparte dowodami.

Jak wskazano zamawiający musi wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający temu obowiązкови nie sprostał.

Odwołujący zakwestionował skuteczność otrzymanych oświadczeń o odstąpieniu od umowy i, kierując do zamawiających stosowane pisma (a w konsekwencji składając stosowne pozwy i wnioski o zawezwanie do próby ugodowej), wskazał na brak podstaw prawnych i faktycznych dla skutecznego odstąpienia od umowy zarówno wynikających z art. 635 k.c. i 636 k.c., jak i przesłanek zawartych w Umowach. A ponieważ odstąpienie co do zasady stanowi sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania to okoliczności wskazujące na niewykonanie i nienależyte wykonanie muszą być jednoznaczne. Powołał Wyrok XII GA 397/15 wyrok SO w Gdańsku z dnia 22 września 2015 r.

Rolą zamawiającego jest zebranie dowodów świadczących o wystąpieniu wszystkich, określonych w przepisie przesłanek łącznie i uzasadnienie zaistnienia każdej z nich. Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający powinien wszechstronnie zbadać przedstawione mu przez Wykonawcę okoliczności, ustalić, że po pierwsze doszło do rozwiązania umowy. Następnie konieczne jest wykazanie, że powody rozwiązania umowy miały miejsce z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, czyli jego działań lub zaniechań w ramach ocenianego zobowiązania umownego.

Zamawiający w tym stanie faktycznym wziął pod uwagę jedynie stanowisko zamawiających publicznych. Nie przeanalizował złożonych przez odwołującego pozwów, opinii biegłego itd. Nie wykazał też, że w każdym z przypadków wystąpiły łącznie następujące elementy:

- że w znaczącym stopniu lub zakresie,
- odwołujący nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał umowę,
- że była to istotna część zobowiązania wynikająca z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powołał Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, LEX nr 3529833 - wyrok z dnia 31 marca 2023 r. KIO 719/23.

Odwołujący, dochowując należytej staranności informuje jedynie o okolicznościach, w których pozostaje w sporze z

zamawiającymi i składa stosowne wyjaśnienia w tym zakresie. Tym samym twierdzenia zamawiającego, w zakresie nierzetelnego działania odwołującego i wprowadzania zamawiającego w błąd uznać należy za bezzasadne. Wykonawca mając na uwadze okoliczności, że pozostaje w sporze z innymi zamawiającymi zasadnie uznał, że ten fakt wymaga wyjaśnienia zamawiającemu. Świadczy to - wbrew twierdzeniom zamawiającego - o rzetelności i profesjonalnym podejściu odwołującego do udziału w procedurze przetargowej. Wskazując na istniejący pomiędzy zamawiającymi o Wykonawcą spór w zakresie podstaw prawnych i faktycznych odstąpienia od zawartych umów Odwołujący wykazał się starannością, aby przedstawić zamawiającemu wszystkie okoliczności dotyczące spraw związanych z realizacją zamówień. Jednocześnie uznając, że wobec odwołującego nie zachodzą przesłanki fakultatywnego wykluczenia.

Ponadto odwołujący wskazał, że w zakresie dodatkowych wyjaśnień złożonych wraz z ofertą i po terminie składania ofert żaden z przepisów nie zabrania takiego działania, zwłaszcza, że wyjaśnienia te jak wskazano nie są procedurą samooczystczenia w zakresie dotyczącym art. 109 ust. 1 pkt 7), a mają jedynie charakter informacyjny. Wyjaśnienia te pozostają spójne z treścią oświadczenia złożonego w zakresie braku przesłanek wykluczenia odwołującego, jak również z podtrzymywaniem w toku całego postępowania stanowiskiem odwołującego, że nie wystąpiła sytuacja, w której skutek określony w powołanym przepisie wynikał z przyczyn leżących po jego stronie.

Tym samym, argumentacja zamawiającego w zakresie podlegania przez odwołującego wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy jest wadliwa i opiera się w całości na tezach niezgodnych ze stanem faktycznym jaki wynika z przedstawionych w toku postępowania dokumentów.

Jeżeli nie zachodzi wobec odwołującego podstawa wykluczenia z postępowania, wskazana jako powód odrzucenia oferty odwołującego, to samo odrzucenie w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7) ustawy należy ocenić jako wadliwe.

Z ostrożności odwołujący kwestionuje również wystąpienie domniemanej przesłanki podlegania wykluczeniu, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy. Zamawiający powołuje ją co prawda w treści uzasadnienia odrzucenia, jednak uzasadnienie to nie wskazuje na fakt jej realnego zastosowania jako kolejnego powodu odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy.

Nie można wręcz uznać, że zamawiający mógł być niedoinformowany. Odwołujący przedstawił bowiem z ofertą obszerny opis sytuacji w jakiej się znajduje, a następnie w toku postępowania, w związku z aktualizacją stanu spraw i nowymi okolicznościami nieistniejącymi w dacie złożenia oferty, aktualizował te informacje.

Ocena zamawiającego o możliwym wprowadzeniu go w błąd wynika z rażących zaniedbań związanych z niedbałą analizą dokumentów, które zamawiający otrzymał od odwołującego. Zamawiający twierdzi, że odwołujący nie przedstawił kompletnych informacji dotyczących odstąpień od umów. Tymczasem wszystkie twierdzenia zamawiającego, podniesione w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego potwierdzają, że zamawiający nie zapoznał się z treścią dokumentów, którymi dysponował.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy odwołujący wskazał, że zamawiający wybrał ofertę GiD Zespół Projektowy wyłącznie wskutek bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13 marca 2024 r., oferta GiD Zespół Projektowy otrzymała 92,13 pkt, w tym:

1.GiD Zespół Projektowy G.B., ul. Międzynarodowa 64/66A lok.135, 03-922, Warszawa cena - 52,13 zespół projektowy 40,00 łącznie 92,13

Względem oferty odwołującego, mimo braku przyznania punktów wskutek odrzucenia, złożona oferta odwołującego przedstawiałaby korzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert względem oferty wybranej.

Sam wybór odbył się również w sytuacji całkowitego pominięcia przez zamawiającego weryfikacji podmiotowych środków dowodowych w świetle obowiązku wynikającego z art. 126 ust. 1 ustawy.

W dniu 19 marca 2024 zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 3 kwietnia 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu 1 zamawiający wnosi o jego oddalenie jako bezzasadnego, niezasługującego na uwzględnienie.

Na wstępie zamawiający wskazał, że bez względu na cel jaki przyświecał odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu (złożenie wraz z ofertą oświadczenia w przedmiocie informacji o sprawach spornych) jak również bez względu na to, czy odwołujący uważa, że nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy - zamawiający miał obowiązek przeanalizować złożone dokumenty na okoliczność istnienia przesłanek do wykluczenia go z postępowania na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Po wnikliwej analizie przedstawionych przez odwołującego dokumentów (wyjaśnień oraz dowodów) jak również dokumentów pozyskanych od Inwestorów na rzecz których umowy były realizowane w ocenie zamawiającego w zakresie każdej z niżej wymienionych umów:

1)1 Wojskowym Szpitalem Klinicznym Polikliniką SP ZOZ

2)Szkolą Główną Gospodarstwa Wiejskiego

3) Ośrodkiem Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz

zaszły przesłanki wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zamawiający wyraził swoje stanowisko w tej sprawie w sposób obszerny w przesłanej w dniu 13.03.2024 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty - w której z całą pewnością wykazał, że wypełniły się kumulatywnie wszystkie przesłanki określone w ww. przepisie i wskazuje, że podtrzymuje zawarte w tej informacji stanowisko.

Zamawiający podkreślił w tym miejscu jednak, o czym wspomniano również w ww. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, że odwołujący w treści oświadczenia w przedmiocie informacji o sprawach spornych lakonicznie odniósł się do braku istnienia wobec niego przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy, używając jedynie określenia, że „nie dopuścił się rażącego niedbalstwa”.

Dopiero w odwołaniu zaczyna podkreślać swoją rzetelność - co w ocenie zamawiającego jest na tym etapie postępowania spóźnione.

Argumentacja odwołującego również wydaje się być ogólnikowa.

W treści odwołania odwołujący w sposób lakoniczny i nieprecyzyjny (używając sformułowań na bardzo dużym poziomie ogólności) prezentuje argumentację, na poparcie swojej rzetelności, z której wynika, że:

„Wykonawca w ramach Umów wielokrotnie dokładał staranności większej niż wymagana, a dążąc do wykonania Umowy podejmował wszelkie działania, także ponad zakres zobowiązania umownego. Wykonawca przystąpił do realizacji Umowy niezwłocznie po jej podpisaniu, dysponował odpowiednim personelem, wykazywał się prawdziwym zaangażowaniem. Doznał jednak przeszkód ze strony Zamawiającego, czego skutkiem była konieczność odstąpienia od Umowy”.

W ocenie zamawiającego odwołujący w sposób spóźniony oraz na dużym poziomie ogólności kreuje pozory działania rzetelnego - jednakże tezy te nie są poparte żadnymi dowodami. Fakt, iż umowy były realizowane niezwłocznie po ich podpisaniu przy pomocy stosownego personelu - wydaje się w ocenie zamawiającego być niczym nadzwyczajnym.

Odnosząc się do opisanego w odwołaniu uzasadnienia odwołującego w zakresie konkretnych umów zamawiający zauważył, że uzasadnienia te są powieleniem treści i argumentacji zawartej w treści oświadczeń (pierwotnego złożonego wraz z ofertą oraz zaktualizowanego tj. oświadczenia w przedmiocie informacji o sprawach spornych). Tym samym zamawiający nie odnajduje w nich żadnej nowej treści która miałaby jakkolwiek wpływ na podjętą decyzję zamawiającego.

W zakresie zarzutu 2) zamawiający również wnosi o jego oddalenie jako bezzasadnego, niezastługującego na uwzględnienie.

Analogicznie jak w zakresie uzasadnienia w odniesieniu do zarzutu 1) wskazał, że bez względu na cel jaki przyświecał odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu (złożenie wraz z ofertą oświadczenia w przedmiocie informacji o sprawach spornych) jak również bez względu na to, czy odwołujący uważa, że nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia z postępowania o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy - zamawiający miał obowiązek przeanalizować złożone przez niego dokumenty na okoliczność istnienia przesłanek do wykluczenia go z postępowania na mocy art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy.

W ocenie Zamawiającego w przypadku umów:

1) 1 Wojskowym Szpitalem Klinicznym Polikliniką SP ZOZ

2) Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o.

3) Szkołą Główną Gospodarstwa Wiejskiego

4) Ośrodkiem Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz

zaszły przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy.

Analogicznie jak wyżej, zamawiający wyraził swoje stanowisko w sposób obszerny w przesłanej w dniu 13.03.2024 r. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty - w której z całą pewnością wykazał, że wypełniły się kumulatywnie wszystkie przesłanki określone w ww. przepisie i podtrzymuje zawarte w tej informacji stanowisko. Odnosząc się do opisanego w odwołaniu uzasadnienia odwołującego w zakresie konkretnych umów - zamawiający zauważył, że uzasadnienia te są powieleniem treści i argumentacji zawartej w treści oświadczeń (pierwotnego złożonego wraz z ofertą oraz zaktualizowanego oświadczenia w przedmiocie informacji o sprawach spornych). Tym samym zamawiający nie odnajduje w nich żadnej nowej treści która miałaby jakkolwiek wpływ na podjętą decyzję zamawiającego.

W kwestii zarzutu rzekomego jednostronnego działania zamawiającego i zarzutu oceny stanu faktycznego rzekomo jedynie w oparciu o materiał pozyskany przez zamawiającego od Inwestorów, zamawiający wskazał, że zarzut ten jest bezzasadny. Zamawiający zapoznał się ze stanowiskiem obu stron umowy w każdej z ww. spraw. Aby jednak nie powielać argumentacji zamawiający odsyła do szeroko opisanego uzasadnienia wykluczenia odwołującego zawartego w treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty które to uzasadnienie Zamawiający podtrzymuje w całości.

Nawiązując z kolei do faktu, że odwołujący twierdzi, że w zakresie opisanych umów odwołujący kwestionuje skuteczność otrzymanych oświadczeń o odstąpieniu od umowy, co uniemożliwiać ma w jego ocenie zastosowanie wobec niego

podstawy wykluczenia z postępowania na mocy art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy - zamawiający nie zgadza się z takim twierdzeniem. Przyjęcie takiego stanowiska, że wystąpienie sporu co do nienależytego wykonania zamówienia uniemożliwia wykluczenie odwołującego na ww. podstawie mogłoby prowadzić do wniosku, że komentowany przepis w praktyce nie byłby możliwy do zastosowania. W przypadku odstąpienia przez zamawiającego od umowy o zamówienie publiczne, wykonawca z dużym prawdopodobieństwem zawsze będzie kwestionował skuteczność lub zasadność odstąpienia albo co najmniej przyczyny odstąpienia, dokładnie tyle aby nie dopuścić do przedawnienia.

Uznanie więc, że wystąpienie sporu co do odstąpienia od umowy uniemożliwia wykluczenie wykonawcy z powodu zaistnienia komentowanej przesłanki prowadziłoby do braku możliwości stosowania przepisu w praktyce. Zgodnie z art. 111 pkt 4) ustawy wykluczenie z powodu zaistnienia przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy może nastąpić, jeśli od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie upłynęły 3 lata. Biorąc pod uwagę iż spór sądowy pomiędzy wykonawcą a zamawiającym może trwać latami (np. biorąc pod uwagę przeciętną długość trwania sporu sądowego przed sądem powszechnym, jest wysoce prawdopodobne, że sprawa nie zostałaby rozstrzygnięta w okresie 3 lat). Samo przerzucanie się argumentami przed wniesieniem pozwu na drogę sądową przez którąkolwiek ze stron trwa wiele miesięcy a nawet lat.

Przy przyjęciu zatem interpretacji, że wystąpienie sporu co do odstąpienia przez zamawiającego od umowy o zamówienie publiczne, uniemożliwia wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, mogłoby zatem prowadzić do wniosku, że komentowanego przepisu nie da się skutecznie stosować w praktyce - a nie taki był cel ustawodawcy.

Zgodnie z opinią wyrażoną przez Urząd Zamówień Publicznych w komentarzu do art. 109 ust. 7 ustawy :

"Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, wysunięte roszczenie odszkodowawcze lub naliczenie kar umownych nie musi być usankcjonowane przez sąd. Nawet zakwestionowanie

tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy.

Dowodem nienależytego wykonania umowy może być w szczególności pozew, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań." (Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod redakcją H.N., M.W.).

Na marginesie zamawiający wskazał, że w przekazanej przez odwołującego dokumentacji nie znaleziono dowodów potwierdzających, że np. w sprawie umowy na drodze sądowej odstąpienie od umowy. Odesłanie z kolei noty księgowej, jak to się ma na przykład - w zakresie naliczonych przez OSIR Żoliborz kar umownych - nie jest dowodem na to, że wina za odstąpienie przez tego Inwestora od Umowy z odwołującym nie leży po stronie odwołującego. Zwyczajowo bowiem, Wykonawcy w takich sytuacjach działają w podobny sposób - niejako stosując takie działanie jako „pierwszą formę” odpierania zarzutów oraz działanie mające na celu odroczenie zapłacenia kar.

Co jednak najistotniejsze w kwestii istnienia wobec odwołującego podstawy wykluczenia z postępowania na mocy art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Zamawiający wskazał (o czym wspomniano w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty), że odwołujący w dniu 27.01.2023 r. został prawomocnie wykluczony z postępowania na mocy ww. przesłanki w postępowaniu pn. „Opracowanie dokumentacji przetargowej dla inwestycji pn. „Budowa obiektu laboratoryjno-dydaktycznego wraz z zapleczem technicznym, infrastrukturą towarzyszącą, przyłączami, ciągami komunikacyjnymi i zagospodarowaniem terenu na potrzeby Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych - ICNŻ” oraz pełnienie nadzoru autorskiego na etapie realizacji prac budowlanych, prowadzonym przez Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie (odwołujący nie zakwestionował czynności wykluczenia z postępowania) - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27.01.2023 r. stanowi załącznik do odpowiedzi na odwołanie.

Tym samym podkreślenia wymaga fakt, iż w przypadku, gdy w stosunku do odwołującego została skutecznie zastosowana sankcja wykluczenia z postępowania w oparciu o przesłankę, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy, zastosowanie znajdzie przepis art. 111 pkt 4) ustawy, określający okres przez jaki odwołujący podlega wykluczeniu z wszelkich postępowań o udzielenie zamówienia w razie zaistnienia wobec niego tej przesłanki - i jest to okres 3 lat. zamawiający jest związany z tym faktem prawotwórczym.

Powyższe oznacza, że z uwagi na fakt, iż odwołujący został w dniu 27.01.2023 r. prawomocnie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy, będzie on podlegał wykluczeniu z każdego kolejnego postępowania, w którym bierze udział, przez okres 3 lat.

Odwołujący miał prawo i szansę skorzystać z dobrodziejstwa procedury „self-cleaningu” określonego w art. 110 ust. 2 ustawy, jednakże świadomie z niej zrezygnował - oświadczył bowiem wprost, że jego zdaniem wykluczenie to było nieuzasadnione i nie może wywrzeć żadnego skutku prawnego, a odwołujący nie dopuścił się nienależytego wykonania umowy.

Oznacza to, że odwołujący nie przyznał się do popełnionego deliktu a tym samym odebrał sobie możliwość skorzystania z procedury samooczyszczenia.

Nie ulega według zamawiającego wątpliwości, że odrzucenie oferty odwołującego, z uwagi na wcześniejsze zaistnienie podstaw do wykluczenia z dnia 27 stycznia 2023 r. dokonane przez SGGW jest prawomocne. Odwołujący nie zakwestionował wówczas wykluczenia przez wniesienie środka ochrony prawnej w tamtym postępowaniu. Powyższe

oznacza, że dokonane wykluczenie jest ostateczne i nie ma możliwości jego wzruszenia, a co za tym idzie, zastosowanie znajduje art. 111 ustawy ustanawiający tzw. wykluczenie okresowe. Nie ma przy tym znaczenia, że odwołujący kwestionuje obecnie zasadność dokonanego przez SGGW wykluczenia. Czas na zaskarżenie wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy minął bo można było zrobić to w postępowaniu, w którym to wykluczenie nastąpiło. Mając na uwadze powyższe, zamawiający mógłby w tym postępowaniu nie badać w ogóle prawidłowości czynności SGGW dokonanej w dniu 27.01.2023 r. - ponieważ stało się ono wiążące.

Z tego względu aby skutecznie ubiegać się o zamówienie w obecnie prowadzonym postępowaniu odwołujący powinien był złożyć samooczyszczenie podstawy wykluczenia z postępowania zastosowanej przez Inwestora SGGW i jego czynności z dnia 27 stycznia 2023 r. (chodzi jedynie o podstawy, co do których zastosowanie ma art. 111 ustawy, jednak odwołujący zaniechał powyższego a więc de facto nie wyposażył zamawiającego w narzędzia do odstąpienia od jego wykluczenia. W obecnie prowadzonym postępowaniu dla skutecznego wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty odwołującego wystarczającym jest powołanie się przez zamawiającego na dokonaną uprzednio czynność wykluczenia i zweryfikowanie czy nie upłynął wskazany w art. 111 ustawy PZP okres tzw. „karencji”. Zamawiający nie ma obowiązku ani uprawnienia do badania czy dokonane uprzednio wykluczenie było prawidłowe. Takie stanowisko poparła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 stycznia 2024 r. sygn. akt 30/24 który to wyrok zamawiający dołącza do niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Wobec powyższego, skoro odwołujący nie złożył samooczyszczenia względem czynności wykluczenia z postępowania prowadzonego przez SGGW, to zamawiający prawidłowo i skutecznie dokonał czynności jego wykluczenia, w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 110 ust. 3 zdanie drugie w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy.

Wobec powyższego, oraz szeroko opisanej w informacji z dnia 13.03.2024 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty argumentacji w której udowodniono istnienie wszystkich okoliczności zastosowania przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania na mocy art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy - zamawiający podtrzymuje opisane w niej stanowisko.

W zakresie zarzutu 3) zamawiający wniósł oddalenie go jako niezrozumiałego, bezzasadnego i niezastługującego na uwzględnienie.

Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, że w żadnym miejscu przekazanej informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz informacji o odrzuceniu oferty odwołującego nie wskazał, że uznaje, że przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia w zakresie działań podjętych w ramach samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Tym samym zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Jeśli zaś uznać, że zarzut odwołującego dotyczy zaniechania uznania przez zamawiającego prawidłowo zastosowanej procedury samooczyszczenia odwołującego i zaniechania uznania, że przedstawione wyjaśnienia są wystarczające dla uznania jego rzetelności - to zamawiający informuje, że podtrzymuje swoje stanowisko, i jedynie dla zaakcentowania powtarza (pełna treść uzasadnienia znajduje się w informacji z dnia 13.03.2024 r. o odrzuceniu oferty), że odwołujący nie może skorzystać z procedury samooczyszczenia, jeśli nie przyzna się, iż podlega wykluczeniu.

Sam zresztą odwołujący w treści odwołania podkreśla, że:

„Co ważne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) ustawy odwołujący nie uznaje się za podlegającemu wykluczeniu, o działania wyjaśniające nie są samooczyszczeniem sensu stricto (...)

„Ponadto wskazać należy, że w zakresie dodatkowych wyjaśnień złożonych wraz z ofertą i po terminie składania ofert, odwołujący podnosi, że żaden z przepisów nie zabrania takiego działania, zwłaszcza, że wyjaśnienia te jak wskazano nie są procedurą samooczyszczenia w zakresie dotyczącym art. 109 ust. 1 pkt 7), a mam jedynie charakter informacyjny. Wyjaśnienia te pozostają spójne z treścią oświadczenia złożonego w zakresie braku przesłanek wykluczenia odwołującego, jak również z podtrzymywanym w toku całego postępowania stanowiskiem odwołującego, że nie wystąpiła sytuacja, w której skutek określony w powołanym przepisie wynikał z przyczyn leżących po jego stronie.”

Skoro więc, odwołujący w sposób dobitny podniósł, że przedstawione przez niego wyjaśnienia nie stanowią samooczyszczenia zarzut nr 3) jest bezzasadny a tym samym zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości. Niezrozumiałym jest ten zarzut odwołującego skoro sam wykonawca uznaje, że dokumenty złożone przez niego nie stanowią self-cleaningu.

W tym miejscu zamawiający wskazał (o czym również wspomniano w uzasadnieniu do odrzucenia oferty odwołującego), że z ostrożności wnikliwie przeanalizował i ocenił przedstawione przez odwołującego dowody w postaci protokołów z kontroli komisji ds. realizacji projektów, protokołów ze szkoleń pracowników, dokumenty z audytu ex post projektów spółki oraz krótki wywód odwołującego i stwierdził, że czynności opisane przez odwołującego i tak nie byłyby wystarczające dla wykazania jego rzetelności przy uwzględnieniu wagi i szczególnych okoliczności wcześniejszych czynów odwołującego.

Uwagi wymaga w tym miejscu fakt, że zamawiający dokonał oceny ww. dokumentów z ostrożności z uwagi na fakt, że w treści oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy odwołujący wskazał, że „W związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy podjąłem następujące środki naprawcze: złożyłem informację o sytuacjach spornych”

a w treści oświadczenia w przedmiocie informacji o sprawach spornych - ostatnie zdanie brzmi:

„Dodatkowo BBC przedstawia załączniki w postaci uchwał, protokołów, szkoleń itp. na dowód w zakresie skutecznego wdrożenia procedury samooczyszczenia.”

Tym samym zamawiający stwierdził, że odwołujący zarazem nie przyznał się do popełnionego deliktu (oświadczył, że nie podlega wykluczeniu a jednocześnie przedstawił dowody na poparcie przeprowadzenia procedury self-cleaningu). Takiej procedury nie przewiduje jednak ustawa Prawo zamówień publicznych. Nie można bowiem jednocześnie uznawać się za niepodlegającego wykluczeniu a jednocześnie przedstawiać dowody i twierdzenia na potwierdzenie skutecznej procedury samooczyszczenia - z ostrożności.

Ww. działanie odwołującego a opisane powyżej zostało negatywnie ocenione przez zamawiającego - o czym szczegółowo zamawiający poinformował odwołującego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i powielanie tej argumentacji wydaje się Zamawiającemu nadmierne. Zamawiający podtrzymał w całości swoje stanowisko opisane w informacji z dnia 13.03.2024r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w której znajduje się pełna argumentacja na podjęte czynności.

Zamawiający odniósł się również do kwestii „samo uzupełnienia” tj. złożenia przez odwołującego w dniu 09.02.2024 r.

Odwołujący podniósł, że żaden przepis nie zabrania takiego działania. Niemniej jednak, zamawiający wskazał, że w posiadaniu większości z tych dokumentów odwołujący był już w dniu złożenia oferty.

Np. w wyniku dokonanego w dniu 09.02.2024 r. "samo uzupełnienia" odwołujący przekazał zamawiającemu:

W odniesieniu do umowy zawartej z 1 Wojskowym Szpitalem Klinicznym Polikliniką SP ZOZ

-Pozew o zapłatę z dnia 15.01.2023 r.

-Umowę nr 1/2019/U z dnia 09.04.2019 r. (zamawiający pozyskał ją od Inwestora)

W odniesieniu do umowy zawartej ze Szkołą Główną Gospodarstwa Wiejskiego

-Pismo SKANSKA S.A. z dnia 13.12.2021 r. (odstąpienie od umowy nr DI/1/2021 z dnia 25.06.2021 r.) zamawiający pozyskał je od Inwestora.

W odniesieniu do umowy zawartej z Ośrodkiem Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz

-Odpowiedź BBC na odstąpienie z dnia 06.06.2023 r.

-Odesłanie noty księgowej z dnia 15.05.2023 r.

-Korespondencję pozostała BBC po odstąpieniu od Umowy (w okresie marzec - wrzesień 2023 r.)

-Opinię prywatną z dnia 31.07.2023 r.

Na dzień wyznaczony do składania ofert tj. 09.11.2023 r. odwołujący był zatem, w posiadaniu ww. dokumentów jednakże nie przekazał ich zamawiającemu. Oceniając powyższe przez pryzmat traktowania ww. dokumentów jako wyjaśnienia (samouzupełnienie) - takowe nie jest niedozwolone.

Zamawiający zaznaczył, że aby odwołujący mógł zostać przez zamawiającego uznany za rzetelnego, to zgodnie z dyspozycją określoną w pkt 12 SWZ powinien najpóźniej w dacie składania ofert zastosować procedurę self-cleaningu przedstawiając w tym celu jak najrzetelniejsze dokumenty, których ocena doprowadzi zamawiającego do wniosku, iż faktycznie z rzetelnym wykonawcą ma do czynienia.

Składanie zatem dokumentów po dacie składania ofert, „na raty” bez wezwania zamawiającego oceniane jest negatywnie przez zamawiającego, w szczególności, że odwołujący po 3 miesiącach od złożenia oferty przekazał zamawiającemu dokumenty w których posiadaniu był już na etapie pierwotnie przekazanych wyjaśnień. Niechlujne zdaniem zamawiającego działanie odwołującego, składanie dokumentów w sposób mający na celu wprowadzenie u zamawiającego dezorientacji i stworzenia pozorów rzetelności daje odwrotny skutek. Zamawiający stwierdził bowiem ponad wszelką wątpliwość, że poza faktem, że nierzetelność odwołującego przejawia się w postaci nienależycie wykonanych kontraktów, to jeszcze sam sposób złożenia oferty i dalsze postępowanie odwołującego ukazuje go jako nieprofesjonalny podmiot.

Nieprawdziwym jest także twierdzenie odwołującego zawarte w uzasadnieniu do odwołania w którym odwołujący twierdzi, że zamawiający nie ma prawa czuć się wprowadzony w błąd lub czuć się niedoinformowany z uwagi na fakt, że odwołujący przedstawił z ofertą obszerny opis sytuacji w jakiej się znajduje, a w wyniku aktualizacji stanu spraw przekazał jako aktualizację informacje nieistniejące w dacie złożenia oferty.

Zamawiający informuje jednak w tym miejscu, że potrafi posługiwać się dokumentami złożonymi w postępowaniu i stwierdza co wykazał wyżej, że znakomita większość tych informacji była w posiadaniu odwołującego w dniu złożenia oferty. Tezy odwołującego w tym zakresie (o fakcie że na bieżąco przekazywał zamawiającemu dokumenty nieistniejące w dacie złożenia oferty) są zatem nieprawdziwe - co po raz kolejny potwierdza, że odwołujący wprowadza zamawiającego w błąd i usiłuje tworzyć w postępowaniu chaos informacyjny.

Podkreślenia według zamawiającego wymaga również fakt, o czym wspomniano również w szerokiej argumentacji zawartej w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, że uzasadnienie odwołującego zawarte w oświadczeniu w przedmiocie informacji o sprawach spornych jest sztańcowe - a nie wytworzone na potrzeby tego konkretnego

postępowania, które prowadzi obecnie zamawiający. Sama data oświadczenia o sprawach spornych, które zostało pierwotnie złożone wraz z ofertą świadczy o fakcie, że zostało ono stworzone długo przed terminem wszczęcia przedmiotowego postępowania, a przytoczona w treści tego oświadczenia jedna ze wskazanych przesłanek wykluczenia tj. art. 109 ust. 1 pkt. 9 ustawy - nie ma zastosowania w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego.

Treść odwołania z dnia 18.03.2024 r. również budzi zastrzeżenia zamawiającego. Cechuje je ogólnikowość powoływanie się w jego treści na nieistniejący stan faktyczny - tj. na rzekome prowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (co jest nieprawdą) jak również na brak zastosowania w toku postępowania art. 126 ust. 1 ustawy - który to przepis nie ma w jednak tym postępowaniu zastosowania. Postępowanie prowadzone jest bowiem w trybie podstawowym bez negocjacji-tj. trybie krajowym a art. 126 ust. 1 ustawy ma zastosowanie do przetargu nieograniczonego.

W zakresie zarzutu 4 zamawiający wniósł o jego oddalenie jako bezzasadnego, niezasługującego na uwzględnienie.

W tym miejscu wskazał, że w odniesieniu do ww. zarzutu wskazano naruszenie przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt) ustawy (w tym miejscu nie wskazano o który punkt art. 109 ust. 1) chodzi odwołującemu. Z uwagi jednak na fakt, iż pomiędzy literami znajduje się cyfra 7 zamawiający traktuje powyższe również jako zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy.

Zamawiający w informacji z dnia 13.03.2024 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz w pierwszej części tej odpowiedzi na odwołanie wykazał zasadność wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy. Tym samym, zamawiający podtrzymuje odrzucenie oferty na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy zgodnie z którym: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”.

Na podstawie dokumentów przedstawionych przez odwołującego oraz dowodów i informacji uzyskanych przez inwestorów w ocenie zamawiającego z całą pewnością w przypadku wcześniejszych umów/zamówień z:

- Wojskowym Szpitalem Klinicznym Polikliniką SP ZOZ
- Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o.
- Szkołą Główną Gospodarstwa Wiejskiego
- Ośrodkiem Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz doszło do sytuacji, w której odwołujący:

1.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 co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady

2.w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

Tym samym skoro zachodzą ustawowe przesłanki wykluczenia odwołującego na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7) ustawy, to naturalną konsekwencją jest, że tym samym zachodzą przesłanki odrzucenia oferty odwołującego na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy. Oferta została złożona bowiem, przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że Odwołujący w dniu 27.01.2023 r. został prawomocnie wykluczony z postępowania na mocy ww. przesłanki w postępowaniu pn. „Opracowanie dokumentacji przetargowej dla inwestycji pn. „Budowa obiektu laboratoryjno- dydaktycznego wraz z zapleczem technicznym, infrastrukturą towarzyszącą, przyłączami, ciągami komunikacyjnymi i zagospodarowaniem terenu na potrzeby Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych - ICNŻ” oraz pełnienie nadzoru autorskiego na etapie realizacji prac budowlanych, prowadzonym przez Szkołę Główną Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie (Odwołujący nie zakwestionował czynności wykluczenia z postępowania).

Tym samym podkreślenia wymaga fakt, iż w przypadku gdy w stosunku do odwołującego została zastosowana sankcja wykluczenia z postępowania w oparciu o przesłankę, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy, zastosowanie znajdzie przepis art. 111 pkt 4) ustawy, określający okres przez jaki odwołujący podlega wykluczeniu z wszelkich postępowań o udzielenie zamówienia w razie zaistnienia wobec niego tej przesłanki - i jest to okres 3 lat.

Powyższe oznacza, że z uwagi na fakt, iż odwołujący został w dniu 27.01.2023 r. prawomocnie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy, będzie on podlegał wykluczeniu z każdego kolejnego postępowania, w którym bierze udział, przez okres 3 lat.

Odwołujący miał prawo i szansę skorzystać z dobrodziejstwa procedury „self-cleaningu” określonego w art. 110 ust. 2 ustawy jednakże świadomie z niej zrezygnował - wskazał bowiem wprost, że jego zdaniem wykluczenie to było nieuzasadnione i nie może wywrzeć żadnego skutku prawnego, a odwołujący nie dopuścił się nienależytego wykonania umowy.

Tym samym zamawiający stwierdził, że odwołujący nie przyznał się do popełnionego deliktu a tym samym odebrał sobie możliwość skorzystania z procedury samooczyszczenia.

Nie ulega wątpliwości, że odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na zaistnienie podstaw do wykluczenia z dnia 27 stycznia 2023 r. dokonane przez SGGW jest prawomocne. Odwołujący nie zakwestionował dokonanego wykluczenia przez wniesienie środka ochrony prawnej w tamtym postępowaniu. Powyższe oznacza, że dokonane wykluczenie jest ostateczne i nie ma możliwości jego wzruszenia, a co za tym idzie, zastosowanie znajduje art. 111 ustanawiający tzw. wykluczenie okresowe. Nie ma przy tym znaczenia, że odwołujący kwestionuje obecnie zasadność dokonanego przez SGGW wykluczenia. Czas na zaskarżenie wykluczenia w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy miał miejsce w postępowaniu, w którym to wykluczenie nastąpiło. Mając na uwadze powyższe, zamawiający mógłby na obecnym etapie postępowania nie badać w ogóle prawidłowości czynności SGGW dokonanej w dniu 27.01.2023 r. - ponieważ stało się ono wiążące.

Z tego względu, aby skutecznie ubiegać się o zamówienie w obecnie prowadzonym postępowaniu odwołujący powinien był złożyć samooczyszczenie podstawy wykluczenia z postępowania zastosowanej przez Inwestora SGGW i jego czynności z dnia 27 stycznia 2023 r. (chodzi jedynie o podstawy, co do których zastosowanie ma art. 111 ustawy, jednak odwołujący zaniechał powyższego a więc de facto nie wyposażył zamawiającego w narzędzia do odstąpienia od jego wykluczenia. W obecnie prowadzonym postępowaniu dla skutecznego wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty odwołującego wystarczającym jest powołanie się przez zamawiającego na dokonaną uprzednio czynność wykluczenia i zweryfikowanie czy nie upłynął wskazany w art. 111 ustawy okres tzw. „karencji”. Zamawiający nie ma obowiązku ani uprawnienia do badania czy dokonane uprzednio wykluczenie było prawidłowe. Takie stanowisko poparła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 stycznia 2024 r. sygn. akt 30/24 który to wyrok zamawiający dołącza do niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

Wobec powyższego, skoro odwołujący nie złożył samooczyszczenia względem czynności wykluczenia z postępowania prowadzonego przez SGGW, to zamawiający prawidłowo dokonał czynności jego wykluczenia, w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 110 ust. 3 zdanie drugie w zw. z art. 111 pkt 4 ustawy.

W zakresie zarzutu 5 zamawiający również wniósł o oddalenie zarzutu w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, że po dokonaniu porównania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu na podstawie zastosowanych kryteriów oceny ofert zamawiający stwierdził, że najwyższej ocenioną ofertą (niepodlegającą odrzuceniu) jest oferta nr 1 Wykonawcy GiD Zespół Projektowy G.B. z siedzibą przy ul. Międzynarodowej 64/66a, lok. 135, 03-922 Warszawa. W dniu 06.02.2024 r. zamawiający wezwał ww. wykonawcę na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W wyniku wezwania zamawiającego wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym oferta ww. wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wyraził również w dniu 09.02.2024 r. zgodę na wybór jego oferty.

Wobec powyższego, czynność zamawiającego dokonana została w sposób zgodny z przepisami ustawy (z pewnością wybór nie był przedwczesny) a tym samym zamawiający oddala ww. zarzut jako nietrafiony.

W dniu 4 kwietnia 2024 r. odwołujący złożył pisemne stanowisko z wnioskami dowodowymi. W stanowisku tym podtrzymał wniosek o uwzględnienie odwołania i ponownie przedstawił argumentację podnoszoną już czy to w odwołaniu, czy w dwukrotnych wyjaśnieniach składanych zamawiającemu. Odnosił się do braku zaskarżenia decyzji SGGW o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy i wskazał, że nie zaskarżył odwołaniem tej decyzji z uwagi na ryzyko oddalenia odwołania z braku możliwości wykazania przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy. Powołał wyrok KIO sygn. akt KIO 233/24 i 235/24.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. wyjaśnień odwołującego wraz z dowodami załączonych do oferty, informacji od inwestorów pozyskanych przez zamawiającego wraz z dowodami, wyjaśnień dodatkowych odwołującego z dnia 9 lutego 2024 r. wraz z dowodami, informacji o wyniku postępowania.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z wykazu zadań zrealizowanych przez odwołującego wraz z referencjami uznając je jako powołane jedynie dla zwłoki. Dowody te zostały powołane w celu wykazania skali działalności odwołującego i inwestycji, które zrealizował należycie, podczas gdy przedmiotem sporu są cztery inwestycje, co do których odwołujący powinien wykazać swoją rzetelność, tym samym dowody wnioskowane przez odwołującego nie służą udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Odwołujący nie podniósł zarzutu opartego na art. 109 ust. 3 ustawy, a zatem Izba nie jest też władna zbadać, czy wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne.

Izba oceniła dowód z udostępnionej informacji publicznej jako nie wnoszący do sprawy istotnych okoliczności faktycznych. Dowód ten zawiera jedynie wyliczenie wadliwości dokumentacji przygotowanej przez następcę odwołującego w kolejnym postępowaniu bez wskazania przyczyn tych wadliwości, okoliczności ich powstania jak i treści zawartej z następcą umowy oraz opisu przedmiotu zamówienia w stosunku do tego, na jakich warunkach zawierał swoją umowę odwołujący. Z dokumentu tego nie wynika również teza dowodowa zakreślona przez odwołującego, co do tożsamości trudności w wykonaniu zamówienia z jakimi boryka się następca odwołującego. Tym samym dowód ten

okazał się zbędny dla rozstrzygnięcia.

Izba w pierwszej kolejności przytoczy stan faktyczny ustalony przez zamawiającego w informacji o wyniku postępowania, a następnie dokona uzupełniającego ustalenia stanu faktycznego dokonany w oparciu o oba wyjaśnienia i dowody złożone przez odwołującego oraz informacje wraz z dowodami pozyskane od inwestorów. Taki sposób prezentacji stanu faktycznego wynika, z tego, że zamawiający w informacji o wyniku postępowania zawarł streszczenie szeregu złożonych mu dokumentów, stąd ich przytaczanie w kolejności chronologicznej składania powodowałoby liczne powielenie informacji, co w sposób zbędny powodowałoby rozbudowanie części faktycznej uzasadnienia i skutkowało nadmiernym rozbudowaniem uzasadnienia utrudniającym ustalenie stanu faktycznego przez odbiorcę.

Zamawiający odrzucając ofertę nr 6 złożoną przez BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k., z siedzibą przy. Al. Jerozolimskie 155 lok. U3, 02-326 Warszawa podał następujące uzasadnienie prawne:

> Art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów”.

> Art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych:

„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”.

> Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania”

Oraz uzasadnienie faktyczne:

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał w pkt 12 SWZ oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu, że wykluczy z postępowania wykonawców, wobec których zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 oraz z art. 7 ust. 1 Ustawy z dnia 13 kwietnia 2022r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego Dz. U. z 2023 r., poz. 1497 ze zm.) oraz na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na mocy ww. opisanych fakultatywnych przestanych wykluczenia które zostały przewidziane w postępowaniu przez zamawiającego - zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę:

- który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;
- 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 pkt 12 SWZ zamawiający wskazał również że:

W okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy lub w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7, wykonawca może dokonać „samooczyszczenia”, na zasadach opisanych w art. 110 ust. 2 i 3 ustawy” przy czym Zamawiający zastrzegł jednocześnie, że:

„Procedura ta winna być zastosowana w terminie składania ofert, poprzez odpowiednie wypełnienie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu”.

Wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Do złożonej oferty Wykonawca dołączył dwa oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp — własne oraz podmiotu trzeciego na którego zasoby powołuje się w przedmiotowym postępowaniu tj. BBC BEST BUILDING CONSULTANT Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z.

Z obu oświadczeń wynika, że odpowiednio wykonawca oraz podmiot trzeci nie podlegają wykluczeniu - w tym nie podlegają wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy.

Do oferty dołączono także dokumenty spakowane łącznie do pliku ZIP pn. „nie jawne BBC” w skład którego wchodzi następujące dokumenty:

- 1.Wyjaśnienia BBC 29.08.2023 r
- 2.Protokoły, komisje, szkolenia
- 3.Protokół z kontroli i szkolenia

4.Załączniki do wyjaśnień ŁZ

5.Załączniki nowy

6.Procedura Audytu EX-POST Projektów SPÓŁKI K.

7.PROCEDURA AUDYTU EX POST PROJEKTÓW SPÓŁKI

8.ZAŁĄCZNIK NR 26 - UDZIELONE ODPOWIEDZI EMAIL. PDF

9.WYJAŚNIENIA BBC IO.WYJAŚNIENIA ŁZ

a które to dokumenty zostały przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ww. dokumenty zostały jednak zastrzeżone nieskutecznie a tym samym zamawiający pismem z dnia 15.11.2023 r. poinformował ww. wykonawcę, że odtajnia ww. dokumenty. W dniu 20.11.2023 r. upłynął termin na skorzystanie przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej określonych w ustawie, w związku z czym, dokumenty te stały się jawne.

Ponadto w trakcie badania i oceny oferty (po otwarciu ofert) tj. w dniu 09.02.2024 r wykonawca przekazał zamawiającemu dodatkowe dokumenty i informacje (bez wezwania zamawiającego - jako samoistne uzupełnienie dokumentów) spakowane łącznie do pliku ZIP pn. „Samooczyszczanie 109_5,7”, w którym znajdują się następujące dokumenty:

1.Wyjaśnienia_BBC Informacje sporne 27 01 2024.pdf

2.Protokoły, komisje, szkolenia 08 2023.pdf

3.Załączniki od 1 do 29.pdf

4.PROCEDURA AUDYTU EX-POST PROJEKTÓW SPÓŁKI k..pdf

które również zostały przez wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Analogicznie jak wyżej ww. dokumenty zostały jednak zastrzeżone w sposób nieskuteczny, a tym samym zamawiający pismem z dnia 15.02.2024 r. poinformował wykonawcę, że odtajnia ww. dokumenty. W dniu 20.12.2024 r. upłynął termin na skorzystanie przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej określonych w ustawie, w związku z czym, dokumenty te stały się jawne.

Weryfikacja załączonych do oferty dokumentów oraz dokumentów przekazanych przez Inwestorów

Wyjaśnienia BBC 29.08.2023 r. to oświadczenie Wykonawcy z dnia 29.08.2023 r. w przedmiocie informacji o sprawach spornych (które to zgodnie z klauzulą, którą oświadczenie zostało opatrzone „oświadczenie nie stanowi samooczyszczenia”).

Z oświadczenia wynika, że w ramach następujących zadań realizowanych w oparciu o przepisy ustawy zamawiający złożyli oświadczenie o odstąpieniu od umowy (lub oświadczenie o jej wypowiedzeniu lub wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 lub art. 109 ust. 1 pkt 9) której stroną był Wykonawca:

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

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

3)Umowa dotycząca pełnienia funkcji inżyniera kontraktu w ramach realizacji inwestycji pn. Pomoc Techniczna — Inżynier Kontraktu” dla projektu pn. Gospodarka wodno-ściekowa w mieście Żyrardów — etap III”

4a) Umowa dotycząca wykonania projektu koncepcji wielobranżowej, projektu budowlanego i projektu wykonawczego na budowę „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” nr 1. Zamawiający Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego

4b) Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego wykonania projektu koncepcji wielobranżowej i dokumentacji przetargowej na budowę w trybie zaprojektuj i wybuduj budynku „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” nr 2. Zamawiający Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego

5)Umowa dotycząca opracowania dok. Projektowo-kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSIR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie w ramach zad. Inwestycyjnego pn. Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1 — Etap I”

6)Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Pełnienie nadzoru nad realizacją zadania pn. Kontynuacja rozbudowy drogi krajowej nr 22 na odcinku Czarlin — Knybawa” gdzie Zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i autostrad Oddział w Gdańsku. Wykluczenie nastąpiło w związku z rzekomym wypełnieniem przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy

przy czym w ocenie wykonawcy powyższe przypadki były niezasadne na skutek czego nie mogły wywrzeć żadnego skutku prawnego i w ramach ww. zamówień toczą się postępowania sądowe z powództwa wykonawcy a w pozostałych przypadkach przygotowywane są pozwy z powództwa wykonawcy. W ocenie wykonawcy każde z powyższych zamówień były realizowane w sposób prawidłowy, zgodnie z postanowieniami zawartych umów i tym samym

wykonawca nie dopuścił się nienależytego wykonania którejkolwiek z tych umów, jak też rażącego niedbalstwa w ramach tych realizacji. W przypadku postępowań z kolei, z których wykonawca został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 lub art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy wykonawca również twierdzi, że nie ponosi winy.

Na potwierdzenie ww. twierdzeń wykonawca do każdego z powyższych zamówień/umów przedstawił subiektywny opis zdarzeń zaistniałych w toku realizacji poszczególnych umów.

W dniu 09.02.2024 r. wykonawca po raz kolejny złożył wyjaśnienia (Wyjaśnienia_BBC Informacje sporne 27 01 2024.pdf z dnia 27.01.2024 r.), które analogicznie jak wyżej stanowią oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z zaznaczeniem, że oświadczenie to również nie stanowi samooczyszczenia. Jest to analogiczna sytuacja, w której to wykonawca postępuje w ten sam sposób jak przy składaniu ofert w dniu 09.11.2023 r. tj. składając również wyjaśnienia i informacje o sprawach spornych z innymi zamawiającymi i zaznaczając, że powyższe nie stanowi samooczyszczenia.

W tym przypadku wykonawca przedstawia jednak oświadczenie, z którego wynika, że w ramach następujących zadań realizowanych w oparciu o przepisy ustawy inni zamawiający (Inwestorzy) złożyli oświadczenie o odstąpieniu od umowy (lub oświadczenie o jej wypowiedzeniu lub wykluczanie na podstawie art 109 ust. 1 pkt 7 lub 109 ust. 1 pkt 9), której stroną był wykonawca:

1)Umowa dotycząca pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego w ramach realizacji inwestycji pn. Nadbudowa budynku Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej" - w zakresie tej okoliczności Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 marca 2022 r. sygn. akt: KIO 665/22 orzekła, że okoliczność ta nie stanowi podstawy do wykluczenia BBC z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2)Umowa dotycząca pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji inwestycji pn. „Pomoc Techniczna Inżynier Kontraktu” dla projektu pn. „Gospodarka wodno- ściekowa w mieście Żyrardów - Etap III”.

3)Umowa dotycząca wykonania projektu koncepcji wielobranżowej, projektu budowlanego i projektu wykonawczego na budowę „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” nr 1. Zamawiający: Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego

4)Umowa dotycząca opracowania dokumentacji projektowo kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSiR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1” - Etap I.

Umowy z ww. Inwestorami pokrywają się częściowo z tymi, o których wykonawca wspomina w wyjaśnieniach złożonych za pierwszym razem tj. wraz z ofertą (nie wymieniono umowy z Wojskową Akademią Techniczną oraz okoliczności w których wykonawca został wykluczony z postępowania przez GDDKiA w Gdańsku). Stanowisko wykonawcy nie ulega zmianie ponieważ nadal uznaje, że realizował każde z opisanych czterech zamówień w sposób prawidłowy, zgodnie z postanowieniami zawartych umów i tym samym nie dopuścił się nienależytego wykonania którejkolwiek z tych umów, jak też rażącego niedbalstwa w ramach ich realizacji. W przypadku postępowań z których Wykonawca został wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 lub 109 ust. 1 pkt 9 również wykonawca nie ponosi winy.

Zamawiający przystąpił do analizy opisanych przez Wykonawcę zdarzeń pod kątem ww. przesłanek wykluczenia i stwierdził, że zmaterializowały się przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 7 ustawy:

Umowa dotycząca pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego Nadbudowa budynku Szpitala z przeznaczeniem na rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej w ramach realizacji inwestycji pn. oddział neurochirurgii, kardiologii oraz Stanowisko Wykonawcy

Wykonawca w treści złożonego oświadczenia wskazał, że:

W ramach przedmiotowego zadania inwestycyjnego zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z uwagi na rzekome nienależyte wykonywanie obowiązków umownych oraz opóźnienie w stosunku do terminów umownych. Złożone przez zamawiającego oświadczenie odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy w zakresie dotyczącym nienależytego wykonywania obowiązków było oczywiście niezasadne, gdyż zamawiający przez cały okres realizacji umowy nie wskazał żadnych konkretnych okoliczności potwierdzających rzekome nienależyte wykonywanie umowy. Takie konkretne okoliczności nie zostały również wskazane w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy. O tym, że umowa była wykonywana należyte świadczy natomiast fakt, że w krótkim okresie przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy zamawiający odebrał zrealizowany przez wykonawcę etap prac bez uwag, nie naliczając żadnych kar umownych oraz wypłacił wykonawcy pełne wynagrodzenie za ten etap. Jeżeli więc umowa byłaby realizowana nienależyte, oczywistym byłoby, że etap realizacji usług nie zostałby odebrany bez uwag, zamawiający naliczyłby wykonawcy kary umowne i nie wypłaciłby wykonawcy pełnego wynagrodzenia umownego. Wykonawca świadczył swoje usługi w sposób należyty o czym świadczy chociażby szereg uwag zgłoszonych do dokumentacji projektowej, które okazały się być zasadne i zostały uwzględnione przez projektanta. Wzrost kosztów inwestycji nie był spowodowany winą wykonawcy jako inwestora zastępczego, lecz wynikał z faktu, że zamawiający nie przewidywał na etapie planowania

inwestycji (co miało miejsce przed zawarciem Umowy z Wykonawcą) konieczności wzmocnienia elementów konstrukcyjnych budynku. Gdyby tego typu wzmocnienie nie zostało zastosowane, obiekt po jego nadbudowie groziłby katastrofą budowlaną, gdyż dotychczas istniejące elementy konstrukcyjne nie utrzymałyby ciężaru nowej kondygnacji. W zakresie rzekomych opóźnień w realizacji umowy wskazać należy, że umowa była umową o świadczenie usług, a nie umową o dzieło. Tym samym terminy poszczególnych etapów miały charakter orientacyjny i były uzależnione od tempa prac innych uczestników procesu inwestycyjnego. W toku realizacji umowy, wpływ na terminy realizacji inwestycji miały prace projektowe. Projektant był natomiast podmiotem niezależnym od wykonawcy, wybranym przez zamawiającego w ramach innego postępowania przetargowego. Czynności podejmowane przez wykonawcę były więc uzależnione od tempa prac projektanta. Wykonawca, gdy tylko to było możliwe wykonywał swoje obowiązki niezwłocznie. Ponadto, należy zwrócić uwagę, że terminy umowne dla poszczególnych etapów zostały wskazane w umowie przez zamawiającego jako datyienne i ich zachowanie nie było częściowo możliwe z uwagi na fakt, że terminy te przypadały na okres przed zawarciem umowy. Spowodowane to było tym, że przedłużyło się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a Zamawiający nie dokonał aktualizacji projektu umowy w tym zakresie. Nie można więc winić wykonawcy za to, że terminy części etapów upłynęły jeszcze przed dniem zawarcia umowy”

Wykonawca do tak przedstawionego uzasadnienia dołączył również:

Załącznik nr 9 Protokół odbioru (jednostronnie podpisane przez Wykonawcę) faktura, potwierdzenie zapłaty(faktura nie jest potwierdzeniem zapłaty)

Załącznik nr 10 - Odpowiedz BBC na odstąpienie (pismo z dnia 22.12.2021 r. Kancelarii reprezentującej Wykonawcę do Inwestora — odpowiedź na odstąpienie od umowy)

Załącznik nr 1 - Umowa o pozew (z dnia 13.02.2022 r.)

Wstępna analiza zamawiającego

Wstępna analiza ww. dokumentów pozwoliła zamawiającemu na stwierdzenie, że zamówienie pn. Pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego w ramach realizacji inwestycji pn. Nadbudowa budynku Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej” na rzecz Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SP ZOZ z siedzibą w Lublinie realizowane było przez BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp. K. n: podstawie umowy nr 103/D/2021 z dnia 11.03.2021 r.

W ocenie zamawiającego przedstawione przez Wykonawcę dokumenty nie pozwalały w sposób obiektywny ustalić, czy:

- Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności czy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie

- Wykonawca 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 co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Przedstawione przez wykonawcę dokumenty przedstawiały bowiem szcątkowe informacje oraz jedynie subiektywną ocenę stanu faktycznego jednej ze stron sporu tj. ocenę wykonawcy.

W przedstawionej dokumentacji brakowało pisma Inwestora tj. Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SP ZOZ z siedzibą w Lublinie o odstąpieniu od umowy — tj. powodów dla których zamawiający odstąpił z Wykonawcą od umowy (pełna argumentacja).

Załączony z kolei do akt protokół odbioru podpisany jest jednostronnie przez wykonawcę co nie daje faktycznego świadectwa o dokonanych przez Inwestora odbiorze, a załączona faktura nie stanowi w ocenie zamawiającego potwierdzenia zapłaty.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że wykonawca w swoim uzasadnieniu wskazał, że przedmiotowa sprawa była przedmiotem rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą (sygn. akt 665/22) wskutek czego KIO orzekła, że okoliczności sprawy nie stanowią podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zamawiający stanął jednak na stanowisku, że wprawdzie wyrok w tej sprawie zapadł w dniu 28.03.2022 r. lecz do dnia dzisiejszego stan faktyczny sprawy mógł ulec zmianie np. zapadł wyrok sądowy w tej sprawie, lub też istnieją okoliczności o których zamawiający nie wie a które mogłyby rzucać inne światło na analizowaną sprawę co jak zostanie dalej opisane ziści się, ponieważ zamawiający wskaże inne aspekty poważnego i rażącego niedbalstwa ze strony wykonawcy, które nie zostały podniesione w trakcie ówczesnej rozprawy.

Z uwagi na powyższe, na mocy art. 128 ust. 5 ustawy zamawiający zwrócił się do Inwestora tj. Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SP ZOZ z siedzibą w Lublinie z wnioskiem o przedstawienie informacji w zakresie umowy nr 103/D/2021 z dnia 11.03.2021 r. pn. Pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego w ramach realizacji inwestycji pn. „Nadbudowa budynku Szpitala z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej”, realizowanej przez BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Spółka z o.o. Sp.k.:

- 1) Podstawy (powodu) odstąpienia od umowy ze strony Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką SP ZOZ z siedzibą w Lublinie wraz z przekazaniem kopii umowy nr 103/D/2021 z dnia 11.03.2021 r. oraz kopii odstąpienia od umowy wraz z całą korespondencją dotyczącą odstąpienia.
- 2) Daty odstąpienia od umowy (wraz z informacją o dacie doręczenia przedmiotowego odstąpienia Wykonawcy oraz przekazaniem dowodu doręczenia odstąpienia).
- 3) Wskazania na jakim etapie znajduje się przedmiotowa sprawa (czy którakolwiek ze stron wniosła pozew do Sądu czy naliczono/ zapłacono kary umowne?)
- 4) Czy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących całkowicie po stronie Wykonawcy?
- 5) Czy odstąpienie od umowy związane było z niewykonaniem/nienależytym wykonaniem czy długotrwałym nienależytym wykonywaniem umowy?
- 6) Czy odstąpienie od umowy dotyczyło niewykonania/ nienależytego wykonania/ długotrwale nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z umowy?
- 7) Czy odstąpienie od umowy dotyczyło niewykonania/ nienależytego wykonania umowy wynikającego z zamierzonego działania Wykonawcy lub rażącego niedbalstwa Wykonawcy?

Stanowisko Inwestora

W odpowiedzi na prośbę o udzielenie informacji, w dniu 21.12.2023 r. oraz w dniu 03.01.2024 r. Inwestor 1 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ przekazał Zamawiającemu następujące dokumenty:

1. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy wraz z wezwaniem do zapłaty kary umownej tytułem odstąpienia,
2. Umowę nr 103/D/2021 z dnia 11.03.2021 r.
3. Odpowiedź na oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 22.12.2021 r.

W uzupełnieniu w dniu 27.12.2023 r. zamawiający otrzymał również od Inwestora e-mail, stanowiący odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytania.

Z nadesłanych dokumentów i informacji wynika, że Inwestor odstąpił od umowy nr 103/D/2021 z Wykonawcą BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Spółka z o.o. Sp.k. z uwagi na nie wywiązywanie się przez Wykonawcę z zawartej umowy.

Z treści załączonego odstąpienia od umowy z dnia 09.12.2021 r. wynikają następujące przyczyny:

o Wykonawca nie wywiązał się z terminowego wykonywania zobowiązań, mimo wielokrotnych monitów Inwestora, o doszło do sprzeczności w zakresie rozwiązań technicznych dotyczących wzmocnienia konstrukcji budynku, której to nie przewidywał program inwestycyjny Inwestora oraz ekspertyza techniczna, o brak było współpracy z Wykonawcą dokumentacji projektowej oraz innymi uczestnikami procesu inwestycyjnego, o brak pełnienia nadzoru nad terminowością i rozliczeniem finansowym w zakresie wykonywania inwestycji ujętej w Centralnym Planie Inwestycji Budowlanych Resoru Obrony Narodowej na lata 2020-2022, o Wykonawca wykonywał swoje obowiązki w sposób nienależyty, niezgodny z dokumentacją techniczną, sztuką budowlaną i przepisami bhp, a także tempem robót nie dającym gwarancji terminowego wykonania przedmiotu umowy i pomimo dodatkowego wezwania Inwestora nie nastąpiła poprawa w wykonywaniu tych obowiązków, o odstąpienie od umowy podyktowane było niemożnością wyegzekwowania od Wykonawcy większej dbałości, staranności i terminowości w wypełnianiu nałożonych na niego obowiązków, braku reakcji na kierowane do niego wezwania do należytego wykonywania umowy oraz niemożność porozumienia się z Inwestorem.

Stanowisko Wykonawcy zawarte w dokumentach złożonych dobrowolnie przez Wykonawcę jako samouzupełnienie w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. w dniu 09.02.2024 r.:

Wykonawca w przesłanym materiale dowodowym powielił treść wyjaśnienia przedstawioną wraz z ofertą, a dodatkowo poinformował Zamawiającego, że pozwał Inwestora tj. 1 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką SP ZOZ w zakresie dodatkowych kosztów jakie poniósł w skutek realizacji umowy. Postępowanie sporne w Sądzie Okręgowym w Lublinie jest w trakcie pod sygnaturą akt I C 1036/23".

Wykonawca do tak przedstawionego uzasadnienia dołączył również:

- Załączniki nr 1 - Protokół odbioru, faktura, potwierdzenie zapłaty
- Załączniki nr 2 - Odpowiedź BBC na odstąpienie z dnia 22.12.2021 r.
- Załączniki nr 3 — Pozew o zapłatę z dnia 15.01.2023 r.
- Załącznik nr 4- zarządzenie Sądu przekazania pozwu

W porównaniu do wcześniej złożonych materiałów dowodowych wykonawca dodatkowo przesłał:

- Potwierdzenie wykonanej operacji z dnia 20.12.2023 r.,
- Pozew o zapłatę z dnia 15.01.2023 r.
- Umowa nr 1/2019/U z dnia 09.04.2019 r.
- Zarządzenie Sądu przekazania pozwu z dnia 29.11.2023 r.

Stanowisko zamawiającego po weryfikacji informacji od wykonawcy i inwestora

Z dokumentów i informacji nadesłanych przez inwestora wynika, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy inwestora

datowane jest na dzień 09.12.2021 r. (Odstąpienie od umowy mieści się zatem w okresie o którym mowa w art. 111 pkt 4 ustawy tj. w okresie ostatnich 3 lat).

Sprawa jest przedmiotem sporu sądowego. Z oświadczenia o odstąpieniu od umowy oraz załączonej do niego noty księgowej wynika, że Wykonawcy zgodnie z zapisami umownymi naliczona została przez Inwestora kara z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Wykonawcy na kwotę 168 952,80 zł.

Umowa z Wykonawcą dotyczyła pełnienia obowiązku inwestora zastępczego.

Zgodnie z Polską Normą z dnia 25 kwietnia 2000 r. PN-ISO 6707—2:2000 inwestor zastępczy, to jednostka organizacyjna działająca odpłatnie w imieniu Inwestora, odpowiedzialna przed nim za organizację i koordynację działań wszystkich stron uczestniczących w procesie inwestycyjnym. Inwestor zastępczy jest odpowiedzialny za planowanie i zarządzanie wszystkimi dalszymi czynnościami na budowie oraz za wykonanie całej realizacji inwestycji.

W niniejszym przypadku umowa precyzowała obowiązki inwestora zastępczego w S 2 Umowy. Zgodnie z postanowieniami Umowy:

Par. 1. Do obowiązków Inwestora Zastępczego należeć będzie kompleksowa obsługa Inwestycji wraz z przekazaniem obiektu do użytku, a w szczególności:

- 1) udział w opracowaniu i sprawdzenie dokumentacji projektowo kosztorysowej, przedmiarów oraz kosztorysów inwestorskich,
- 2) pełnienie nadzoru inwestorskiego nad wykonaniem robót budowlanych w zakresie umożliwiającym użytkowanie obiektów zgodnie z ich przeznaczeniem oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie,
- 3) uczestnictwo w prowadzeniu postępowania o zamówienie publiczne na wybór Wykonawców dostaw, w tym pomoc w przygotowaniu dokumentów, w szczególności: odpowiednich ogłoszeń, odpowiedzi na zapytania Wykonawców w zakresie merytorycznym, modyfikacji SMWZ, badaniu i ocenie ofert oraz udział w pracach komisji przetargowej,
- 4) pełnienie nadzoru nad terminowością i rozliczeniem finansowym w zakresie wykonania inwestycji,
- 5) pierwszy przegląd gwarancyjny.

W ust. 2 niniejszego paragrafu wskazano obszerny i precyzyjny opis obowiązków wykonawcy, jednakże ich istotą w ocenie zamawiającego jest głównie szeroko rozumiana koordynacja całego procesu Inwestycyjnego z ramienia Inwestora.

Z uwagi na fakt, że:

- Wykonawca nie wywiązał się z terminowego wykonywania zobowiązań, mimo wielokrotnych monitów Inwestora,
- doszło do sprzeczności w zakresie rozwiązań technicznych dotyczących wzmocnienia konstrukcji budynku, której to nie przewidywał program inwestycyjny Inwestora oraz ekspertyza techniczna,
- brak było współpracy z Wykonawcą dokumentacji projektowej oraz innymi uczestnikami procesu inwestycyjnego,
- brak pełnienia nadzoru nad terminowością i rozliczeniem finansowym w zakresie wykonywania inwestycji ujętej w Centralnym Planie Inwestycji Budowlanych Resoru Obrony Narodowej na lata 2020-2022,
- Wykonawca wykonywał swoje obowiązki w sposób nienależyty, niezgodny z dokumentacją techniczną, sztuką budowlaną i przepisami bhp, a także tempem robót nie dającym gwarancji terminowego wykonania przedmiotu umowy i pomimo dodatkowego wezwania Inwestora nie nastąpiła poprawa w wykonywaniu tych obowiązków,
- odstąpienie od umowy podyktowane było niemożnością wygzekwowania od wykonawcy większej dbałości, staranności i terminowości w wypełnianiu nałożonych na niego obowiązków, braku reakcji na kierowane do niego wezwania do należytego wykonywania umowy oraz niemożność porozumienia się z inwestorem.

Inwestor pismem z dnia 09.12.2021 r. odstąpił od umowy z wykonawcą.

Nie podlega zatem dyskusji, że opisany przez inwestora brak współpracy wykonawcy (inwestora zastępczego) z zespołem projektowym, brak organizacji i koordynacji działań wszelkich podmiotów uczestniczących przy realizacji inwestycji oraz brak zapewnienia obsługi rzeczoznawcy do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych jest w tym przypadku nie wykonaniem istotnego zobowiązania wynikającego z obowiązków zawartych w umowie.

Skrajnym lekceważeniem obowiązków przez wykonawcę jest również zgłaszanie się Inspektorów Nadzoru bezpośredniego do Inwestora (par. 5 Umowy stanowi o konieczności ustanowienia inspektorów nadzoru przez wykonawcę, a par. 2 ust. 1 pkt 8 stanowi o konieczności opracowania systemu przepływu informacji). Powyższe okoliczności wskazują brak należytego wykonywania umowy przez wykonawcę.

Co istotne w ocenie zamawiającego pismo wykonawcy z dnia 22 grudnia 2021 r. ukazuje również poza lekceważeniem obowiązków umownych które opisano powyżej, lekceważący stosunek do inwestora, ponieważ wykonawca przerzuca winę na zespół projektowy (innego wykonawcę biorącego udział w procesie inwestycyjnym) i inwestora nie wskazując merytorycznej odpowiedzi na zarzuty określone w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy.

Głównym i koronnym argumentem świadczącym o należyтым wykonaniu umowy według wykonawcy jest odbiór przez zamawiającego pierwszego etapu określonego w umowie.

Tymczasem pierwszy etap za, który zostało zapłacone wynagrodzenie umowne wykonawcy, a na które powołuje się

wykonawca, polegał jedynie w całej prowadzonej przez zamawiającego inwestycji na sprawdzeniu i odebraniu wykonanego projektu budowlanego (projekt wykonywał inny podmiot), a dodatkowo etap ten opiewał jedynie na 1% wynagrodzenia umownego, a zatem miał niemalże marginalne znaczenie dla zawartej umowy. Najistotniejszym natomiast elementem zobowiązania umownego, którego zgodnie z oświadczeniem inwestora nie wykonywał wykonawca był brak koordynowania prac.

Sam wykonawca przyznaje, że było kilku koordynatorów, czyli osób, które powinny wiedzieć „wszystko” o procesie inwestycyjnym, informacje nie były jednak przekazywane między tymi osobami, główna osoba - koordynator nie miała pełnej wiedzy o inwestycji.

W ocenie zamawiającego w swej odpowiedzi na oświadczenie o odstąpieniu wykonawca nie udowodnił, że należycie wypełniał istotne postanowienia umowy, a jego zarzut braku chęci wykonania inwestycji przez inwestora też nie jest prawdziwy, gdyż zadanie nadal jest realizowane.

Zamawiający stwierdza, że jest to bardzo ważny aspekt, gdyż jest duże prawdopodobieństwo, że będzie się powtarzał przy weryfikacji kolejnych inwestycji obsługiwanych przez wykonawcę. Zamawiający uważa, że wykonawca przyczyniał się do nierealizowania zadania, w tym przypadku pełnienia funkcji inwestora zastępczego.

W powyższej sprawie zapadł wyrok KIO z dnia 28.03.2022 r. jednakże zamawiający uważa, że w sentencji skupiono się na czynnościach dotyczących I etapu umowy, którego wykonaniem podpira się w sposób nadmierny wykonawca. W ocenie zamawiającego należy skupić się natomiast nie tylko na czynnościach związanych z realizacją etapu I (z uwagi na fakt, iż były to czynności głównie sprawdzające - w zakresie umowy nie było wykonania projektu), lecz głównie na pełnieniu obowiązku inwestora zastępczego czyli koordynowaniu wszystkich prac i etapów procesu inwestycyjnego z ramienia inwestora.

Można podważać lub nie czy należało wykonać wzmocnienie ścian, słupów i fundamentów, ale dla oceny czy należycie wykonawca wykonywał swoje obowiązki umowne jako inwestor zastępczy nie miało to głównego znaczenia.

W ocenie zamawiającego termin miesięczny pomiędzy odbiorem I etapu umowy a odstąpieniem od umowy jest również dyskusyjny, bo równolegle powinny toczyć się inne czynności m.in. powinna zostać przeprowadzona procedura przetargowa na dostawcę wyposażenia, lecz nie została wykonana również z winy wykonawcy.

W trakcie prowadzonej przez Izbę spraw w niniejszym zakresie rozpatrywano długotrwałe nienależyte wykonywanie umowy (co zgodnie z wyrokiem Izby nie zostało udowodnione) lecz w ocenie zamawiającego kluczowym jest w opisanym stanie faktycznym nienależyte wykonanie umowy w znaczeniu ogólnym — do którego w przedmiotowym stanie faktycznym doszło z winy wykonawcy.

W ocenie zamawiającego zachodzi zatem w tym przypadku przesłanka wykluczenia wykonawcy o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy, ponieważ wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu nie wykonał należycie istotnych zobowiązań umownych co doprowadziło do odstąpienia od umowy oraz naliczenia kar umownych jak również wykonawca poważnie naruszył obowiązki zawodowe co podważa jego uczciwość z tego powodu, że nie wykonał należycie umowy z ww. inwestorem co skutkuje również wykluczeniem go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Wykonanie jedynie marginalnego I etapu opisanego w umowie i wycenionego zgodnie z umową na 1% całego wynagrodzenia umownego, jego odebranie przez inwestora a następnie zapłacenie za tę część przy jednoczesnym odstąpieniu od umowy i braku zapłaty pozostałej 99% części wynagrodzenia świadczy o tym, że nienależyte wykonanie lub też niewykonanie przez wykonawcę części zobowiązania umownego miała charakter istotny.

Podkreślenia wymaga po raz kolejny fakt, że przedmiot umowy dotyczył pełnienia funkcji inwestora zastępczego. Inwestor z pewnych powodów podjął decyzję o powierzeniu procesu inwestycyjnego profesjonalnemu wykonawcy. Pełnienie funkcji inwestora zastępczego oparte jest na zaufaniu, polega na dbaniu o interesy Inwestora i rozwiązywaniu problemów na bieżąco. Lekceważenie obowiązków, wręcz ich niewykonywanie, a następnie przerzucanie problemów na inne podmioty w tym na Inwestora, a czego zgodnie z twierdzeniem Inwestora dopuścił się wykonawca jest niezwykle oburzające dla tego typu umowy.

Dodatkowo wraz z brakiem wywiązywania się z istotnych postanowień umowy a opisanymi powyżej wykonawca wykazał się zawinionym naruszeniem obowiązków zawodowych które to naruszenie w ocenie zamawiającego poważnie podważa jego uczciwość.

Zamawiający podkreślił również, że ze strony wykonawcy wystąpiło rażące niedbalstwo przy realizacji ww. umowy, które poza opisanymi powyżej okolicznościami przejawiało się również chociażby brakiem zapewnienia obsługi inwestycji przez rzeczoznawcę do spraw przeciwpożarowych (zgodnie z par 2 ust 2 pkt 12 umowy wykonawca miał zapewnić obsługę rzeczoznawcy do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych). Inwestycja dotyczyła rozbudowy szpitala a zatem brak zapewnienia takiego rzeczoznawcy PPOŻ według zamawiającego jest wystarczającym powodem by uznać postępowanie wykonawcy jako rażąco niedbałe a wykonawcę za podmiot którego uczciwość można podważać ponieważ nie daje on gwarancji rzetelnego wykonania zamówienia. Wskazać należy na marginesie, że rażące

niedbalstwo wykonawcy odnosi się w tym przypadku do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania wykonawcy i realizowania umowy zgodnie z jej postanowieniami.

Na dzień dokonania wykluczenia wykonawcy zamawiający nie posiada wiedzy, aby skuteczność i prawidłowość odstąpienia od umowy przez ww. inwestora z wykonawcą została zakwestionowana przez sąd powszechny. Fakt przedstawienia przez wykonawcę dowodów świadczących o wniesieniu pozwu do Sądu w ww. sprawie spornej pozostaje bez wpływu na decyzję zamawiającego. Zamawiający stwierdził bowiem, że zakwestionowanie odstąpienia od umowy lub też wysunięte roszczenie odszkodowawcze nie musi być usankcjonowane przez Sąd. Nawet zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy.

Umowa dotycząca pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji inwestycji pn. „Pomoc Techniczna - Inżynier Kontraktu” dla projektu pn. „Gospodarka wodno- ściekowa w mieście Żyrardów - Etap III”.

Stanowisko wykonawcy

Wykonawca w treści złożonego oświadczenia wskazał, że:

W ramach przedmiotowej umowy, zamawiający na 4 miesiące przed końcem realizacji umowy (umowa była realizowana od kwietnia 2019 r.) złożył BBC w dniu 27 stycznia 2022 r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy rzekomo z winy BBC (oświadczenie było datowane na 11 stycznia 2022 r.). Przedmiotowe oświadczenie było, jednakże oczywiście niezasadne i nie mogło powodować skutku w postaci odstąpienia od umowy z winy BBC. Po pierwsze wskazać należy, że w treści tego oświadczenia przywołano szereg uchybień jakich miałby dopuścić się BBC przez cały okres realizacji umowy, niemniej jednak żaden z tych argumentów nie został w żaden sposób uzasadniony. Zamawiający nawet nie podjął próby wskazania konkretnych okresów opóźnienia lub nieobecności personelu BBC. Dla przykładu wskazać należy, że jedną z przyczyn odstąpienia od umowy miała być nieobecność Inżynierów Rezydentów (personel BBC) bez wskazania konkretnych dat tych nieobecności. Co istotne, Każdy z Inżynierów Rezydentów był stale obecny w ramach realizacji umowy, odbywając m. in. spotkania z zamawiającym, a zamawiający zatwierdzał każdy z raportów kwartalnych potwierdzając tym samym należyte wykonanie obowiązków przez BBC. Dodatkowo oświadczenie o odstąpieniu od umowy było uzasadnione rzekomym niewykonaniem obowiązków pomimo wezwań, niemniej jednak przywoływane przez zamawiającego wezwania (w ilości kilkudziesięciu sztuk) zostały doręczone BBC w tym samym okresie co oświadczenie o odstąpieniu od umowy. BBC wykonywało natomiast wszystkie obowiązki umowne w sposób należyty i zgodny z umową, co znajdowało odzwierciedlenie w raportach zatwierdzanych przez zamawiającego.

Rzeczywistą podstawą do złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy był fakt, że BBC w dniu 17 stycznia 2022 r. odstąpiło od umowy z winy zamawiającego, tj. z powodu braku płatności wymagalnego wynagrodzenia. Zamawiający przyjął fakturę za realizację usług w III kwartale 2021, zaksięgował ją, a następnie uchylał się od płatności bez żadnych wyjaśnień. Zamawiający nie złożył wyjaśnień dotyczących braku płatności nawet po otrzymaniu wezwania do zapłaty pod rygorem odstąpienia od umowy. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez BBC z winy zamawiającego został więc złożone jako pierwsze i tym samym spowodowało wygaśnięcie umowy. Na skutek tego oświadczenia, oświadczenie zamawiającego nie mogło być uznane za skuteczne, gdyż zostało złożone w okresie, w którym umowa nie obowiązywała. Tym samym nie można twierdzić, że zamawiający nieskutecznie „odstąpił od tej umowy, gdyż po pierwsze BBC wykonywało swoje obowiązki umowne należycie co było potwierdzane przez zamawiającego poprzez akceptację raportów, a po drugie z uwagi na fakt, że BBC uprzednio dokonało odstąpienia od umowy z winy zamawiającego z uwagi na brak płatności bezspornego wynagrodzenia”.

Wykonawca do tak przedstawionego uzasadnienia dołączył również:

Załącznik nr 12 - Wezwanie do zapłaty pod rygorem odstąpienia od umowy z dnia 13.01.2022r.

Załącznik nr 13 - Odstąpienie BBC z dnia 17.01.2022 r.

Załącznik nr 14 - Umowa o pozew z dnia 01.04.2022 r.

Do oferty Wykonawca dołączył analogicznie oświadczenie podmiotu trzeciego tj. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. z dnia 09.11.2023 r. w przedmiocie informacji o sprawach spornych dotyczących złożenia przez zamawiającego oświadczeń o odstąpieniu od umowy, w których stroną było konsorcjum firm: BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Spółka z o.o. Sp.k. oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z.

Wstępna analiza zamawiającego

Wstępna analiza ww. dokumentów pozwoliła zamawiającemu na stwierdzenie, że zamówienie pn. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w ramach realizacji inwestycji pn. „Pomoc Techniczna Inżynier Kontraktu” dla projektu pn. „Gospodarka wodno- ściekowa w mieście Żyrardów - Etap III” na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. realizowane było przez Konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. K. oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z., na podstawie umowy nr 1/2019/U z dnia 09.04.2019 r. — która rozwiązana była pismem z dnia 11.01.2022 r. (z dokumentów wykonawcy wynika, że otrzymał odstąpienie w dniu 27.01.2022 r.)

Odstąpienie od umowy przez zamawiającego mieści się zatem w okresie o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy tj. w

okresie ostatnich 3 lat.

W ocenie zamawiającego przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie pozwalały jednak w sposób obiektywny ustalić, czy:

- Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności czy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie

- Wykonawca 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 co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady

Przedstawione przez wykonawcę dokumenty przedstawiają jedynie ocenę stanu faktycznego jednej ze stron sporu tj. ocenę wykonawcy.

W przedstawionej dokumentacji brakuje pisma Inwestora tj. Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. o odstąpieniu od umowy — tj. powodów dla których zamawiający odstąpił z wykonawcą od umowy (pełna argumentacja).

Załączona do akt umowa o pozew — nie udowadnia, że toczy lub toczyła się sprawa w sądzie w tym zakresie (wykonawca nie wskazał sygnatury sprawy).

Z uwagi na powyższe, zamawiający na mocy art. 128 ust. 5 ustawy zwrócił się do Inwestora - PGK „Żyrardów” Sp. z o.o. z wnioskiem o przedstawienie informacji w zakresie umowy nr 1/2019/U z dnia 09.04.2019 r. pn. „Pomoc Techniczna - Inżynier Kontraktu” dla projektu pn. „Gospodarka wodnościekowa w mieście Żyrardów - Etap III”, realizowanej przez Konsorcjum firm: BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Spółka z o.o. Sp.k. oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z.:

1) Podstawy (powodu) odstąpienia od umowy ze strony PGK „Żyrardów” Sp. z o.o. wraz z przekazaniem kopii umowy nr 1/2019/U z dnia 09.04.2019 r. oraz kopii odstąpienia od umowy wraz z całą korespondencją dotyczącą odstąpienia.

2) Daty odstąpienia od umowy (wraz z informacją o dacie doręczenia przedmiotowego odstąpienia Wykonawcy oraz przekazaniem dowodu doręczenia odstąpienia)

3) Wskazania na jakim etapie znajduje się przedmiotowa sprawa (czy którakolwiek ze stron wniosła pozew do Sądu czy naliczono/ zapłacono kary umowne — w dokumentacji otrzymanej od Wykonawcy widnieje informacja, że Inwestor naliczył 2.532.994,40 zł kar umownych tytułem odstąpienia od umowy — czy kara została zapłacona przez Wykonawcę?)

4) Czy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących całkowicie po stronie Wykonawcy?

5) Czy odstąpienie od umowy związane było z niewykonaniem/nienależytym wykonaniem czy długotrwałym nienależytym wykonywaniem umowy?

6) Czy odstąpienie od umowy dotyczyło niewykonania/ nienależytego wykonania/ długotrwale nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z umowy?

7) Czy odstąpienie od umowy dotyczyło niewykonania/ nienależytego wykonania umowy wynikającego z zamierzonego działania Wykonawcy lub rażącego niedbalstwa Wykonawcy?

8) Za jaki zakres prac w ramach realizacji przedmiotowej umowy był odpowiedzialny konsorcjant BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. a za jaki BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. ?

Stanowisko inwestora

W dniu 18.12.2023 r. inwestor - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. przekazał zamawiającemu następujące dokumenty:

1. Załącznik nr 4 Oferta Wykonawcy Kluczowi Eksperci

2. Załącznik nr 3 Oferta wykonawcy kluczowi Eksperci, którego treść stanowi wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego).

3. Umowa 09.04.2019 r.

4. SKMBT C454e23121513350 (treść stanowi pismo będące odpowiedzią do Urzędu Dzielnicy Praga — Północ m. st. Warszawy),

5. PGK — pismo

6. Odstąpienie od umowy — BBC

7. Odstąpienie od umowy - PGK

8. BBC - pismo-skompresowany

Z przedstawionych dokumentów wynika, że inwestor odstąpił od umowy nr 1/2019/U z wykonawcą BBC BEST BUILDING CONSULTANTS spółka z o.o. sp.k. oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. z dnia 11 stycznia 2022 roku z uwagi na nie wywiązywanie się przez wykonawcę z zawartej umowy, tj.:

- 1.Brak nadzoru na zadaniem 16 pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w ul.: Roszarniczej i Mickiewicza w Żyrardowie”,
- 2.Brak nadzoru nad zadaniem 19 "Modernizacja (przebudowa) oczyszczalni ścieków w Żyrardowie oraz zadaniem 20 "Przebudowa Przepompowni przy ul. Gdańskiej w Żyrardowie",
- 3.Brak nadzoru nad zadaniem 22 pn.: „Samochód specjalistyczny - Inspekcja telewizyjna sieci kanalizacji sanitarnej” ,
- 4.Brak nadzoru na zadaniem 25 pn.: „System GIS - inteligentny system zarządzania sieciami wodno - kanalizacyjnymi”,
- 5.Brak nadzoru nad zadaniem 26 Pomoc techniczna -"Inżynier Kontraktu"

Oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało w dniu 11.01.2022 r. wysłane przez inwestora za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz operatora pocztowego. Z załączonego pisma (PGK- pismo) wynika, że Inżynier Kontraktu wyznaczył Inżyniera Rezydenta do odbioru dokumentów, a ten odmówił przyjęcia korespondencji. Wobec tego Inwestor uznaje, że jeżeli adresat odmawia przyjęcia pisma, doręczenie uważa się za dokonane, a tym samym umowę za niezawartą więc dalsze odstąpienie od umowy ze strony wykonawcy staje się w opinii inwestora bezskuteczne.

Między stronami istnieje spór co do skuteczności rozwiązania umowy przez Inwestora za pośrednictwem formy dokumentowej oraz co do tego, które z oświadczeń dotarło do adresata wcześniej. Spór ten jest jednak aktualnie pomiędzy stronami umowy przedmiotem postępowania pojednawczego prowadzonego z wniosku inwestora w trybie art. 184 Kodeksu postępowania cywilnego przez Sąd Rejonowy dla m.st Warszawy, jednakże do dnia dzisiejszego nie zostało wyznaczone posiedzenie sądu w przedmiotowej sprawie.

Z załączonego odstąpienia od umowy wynika, że inwestor naliczył kary umowne za naruszenie par 18 ust. 6a i par 19 ust.4 Umowy opiewające na łączną kwotę 2 532 994,40 zł.

Kary umowne naliczone przez inwestora nie zostały dotychczas zapłacone.

Inwestor stoi na stanowisku, że do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Inwestor wskazał również, że:

„W tym miejscu należy zwrócić uwagę na charakter prawny umowy zawartej z BBC jako umowy mieszanej mającej charakter umowy starannego działania i umowy rezultatu, co oznacza, iż na każdym etapie jej realizacji konieczne jest jej wykonywanie w sposób dostosowany do bieżących potrzeb wynikających z aktualnego stanu zaawansowania zadań inwestycyjnych realizowanych przez spółkę. Z tego też względu ocenie podlegają obowiązki o bardzo różnym charakterze i znaczeniu (przykładowo: wydawanie opinii, przygotowywanie dokumentów, obecność na naradach koordynacyjnych, obecność na budowie, nadzór na robotami, zgłaszanie okoliczności stanowiących zagrożenie dla procesu inwestycyjnego, ocena poprawności merytorycznej dokumentów, itp.). W konsekwencji stopień niewykonania lub nienależytego wykonania umowy był zróżnicowany w odniesieniu do obowiązków określonego rodzaju”.

Za wykonanie umowy zawartej przez strony członkowie konsorcjum odpowiadali solidarnie (583 umowy).

Stanowisko wykonawcy zawarte w dokumentach złożonych dobrowolnie przez Wykonawcę jako samouzupełnienie w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. w dniu 09.02.2024 r.:

Wykonawca powielił treść wyjaśnienia przedstawioną wraz z ofertą, a dodatkowo poinformował zamawiającego, że prowadzi z ww. Inwestorem tj. Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. systematyczne rozmowy ugodowe, których celem jest zakończenie sprawy dotyczącej odstąpienia od umowy w sposób polubowny, co jest podyktowane faktem, że wskazany inwestor przegrał postępowanie sądowe z powództwa BBC o zapłatę wynagrodzenia i zmuszony był ponieść dodatkowo koszty procesu oraz odsetki za opóźnienie w płatności.

Wykonawca poinformował w złożonych wyjaśnieniach, że wystąpił do sądu z wnioskiem o zaważanie do próby ugodowej.

Wykonawca do tak przedstawionego uzasadnienia dołączył również:

Załączniki nr 5 - Wezwanie do zapłaty pod rygorem odstąpienia od umowy z dnia 13.01.2022r.

Załączniki nr 6- Odstąpienie BBC z dnia 17.01.2022 r.

Załączniki nr 7 - Wniosek o zaważanie do próby ugodowej z dnia 19.12.2023 r.

Załączniki nr 8 — Nakaz zapłaty z dnia 16.08.2022 r.

Załączniki nr 9— Potwierdzenie zapłaty przez PGK z dnia 06.09.2022 r. oraz 12.09.2022 r.

W porównaniu do wcześniej złożonych materiałów dowodowych wykonawca dodatkowo przesłał:

- Wniosek o zaważanie do próby ugodowej z dnia 19.12.2023 r.

- Notę księgową obciążeniową z dnia 19.12.2023 r., wystawioną przez BBC dla PGK Żyrardów Sp. z o.o.

-Fakturę PRO FORMA z dnia 20.12.2023 r.

-Nakaz zapłaty z dnia 16.08.2022 r.

-Potwierdzenie zapłaty przez PGK z dnia 06.09.2022 r. oraz 12.09.2022 r. (w tytule operacji została zawarta informacja świadcząca o zapłacie związanej z nakazem sądowym i należnymi odsetkami).

-Potwierdzenie wykonanej operacji przez BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Spółka z o.o. Sp.k. z dnia 20.12.2023 (w tytule operacji została zawarta informacja świadcząca o wpłacie związanej z opłatą za wniosek o zaważanie do próby ugodowej PGK Żyrardów Sp. z o.o.).

Stanowisko zamawiającego po weryfikacji informacji od wykonawcy i inwestora

Umowa z wykonawcą dotyczyła pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego oraz pełnienia funkcji inwestora zastępczego choć wprost nie jest to tak nazwane w umowie.

Między wykonawcą a inwestorem niewątpliwie jest spór dotyczący nie tylko skutecznego odstąpienia od umowy, ale również jakości pełnionych usług przez wykonawcę.

Zamawiający wskazuje, że w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy z dnia 11.01.2022 r. inwestor wykazał, że wystosował kilkadziesiąt pism do wykonawcy, wykonawca odpowiadał ogólnie, albo wcale jak w przypadku zadania nr 20. Dwa aspekty są jednak kluczowe w przypadku odstąpienia od umowy przez inwestora tj. po pierwsze, Wykonawca odpowiadając na zarzuty w oświadczeniu o odstąpieniu nie powołuje się w większości przypadków na wykonanie danej czynności np.:

Zadanie 16

- wyjaśnienie rażąco niskiej ceny- w trakcie analizy,
- brak weryfikacji podmiotowych środków dowodowych- w trakcie analizy,
- brak weryfikacji gwarancji ubezpieczeniowej- w trakcie analizy,

Zadanie 19

brak zatwierdzenia zmiany personelu, brak zatwierdzenia ubezpieczenia ryzyk, brak zatwierdzenia projektu technicznego, brak zatwierdzenia świadectw płatności, brak zatwierdzenia wniosków materiałowych- w trakcie analiz.

Są to jedynie przykłady a w 24 odpowiedziach wykonawcy tylko w 5 stanowią konkrety.

Należy podkreślić, że w przypadku zadania nr 20 Wykonawca w ogóle nie odniósł się do uwag, a w 19 pomylił zadania, powołał się bowiem na zadanie nr 16.

Reasumując w powyższym przypadku wykonawca, wykonał tylko część swoich obowiązków, a w sytuacji gdy inwestor dopytał wykonawcę o postępy w realizacji lub szczegóły realizacji prac to wykonawca nie był w stanie odpowiedzieć inwestorowi w sposób jasny, klarowny i wyczerpujący - do czego był zobowiązany.

W świetle obszernej korespondencji, która została skierowana do wykonawcy i braku konkretnego efektu inwestor nie widział możliwości dalszej współpracy z wykonawcą.

Wykonawca nie wykonał należycie zamówienia oraz niewątpliwie nie dochował swoich obowiązków należycie, a nie przekazanie protokołów konieczności, nie zatwierdzenie ubezpieczenia ryzyk, czy projektu technicznego powoduje brak możliwości prowadzenia robót czyli istoty inwestycji.

W ocenie zamawiającego zachodzi zatem w tym przypadku przesłanka wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy wykonawcy (jak również podmiotu trzeciego BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. na zasoby którego powołuje się w postępowaniu) ponieważ wykonawcy z przyczyn leżących po ich stronie działając w konsorcjum nie wykonali należycie w znacznym stopniu istotnych zobowiązań umownych co doprowadziło do odstąpienia od umowy oraz naliczeniem kar umownych.

W tym miejscu zamawiający nadmienił, że przedmiotowa sprawa stanowi dowód na to, że wykonawca po raz kolejny ma problem ze współpracą z Inwestorem co poważnie poddaje pod wątpliwość jego rzetelność - wykonawca działa bowiem na niekorzyść Inwestora.

Na podstawie złożonych dokumentów zamawiający stwierdził, że Inwestor tj. PGK Żyrardów Sp. z o.o. zapłacił Wykonawcy wynagrodzenie należne za realizację usług w III kwartale 2021 r. Jednakże spór w przedmiotowej sprawie dotyczy braku należytego wykonania umowy głównie w zakresie IV kwartału 2021 oraz I kwartału 2022 r. Tym samym zapłata za usługi świadczone w III kwartale 2021 r. nie świadczy o należyтым wykonaniu umowy. Ponadto nadmienił, że fakt iż wykonawca prowadzi próby ugodowe z ww. inwestorem, których celem jest zakończenie sprawy dotyczącej odstąpienia od umowy w sposób polubowny nie świadczy o fakcie, że na warunki ugody zaproponowane przez wykonawcę zgodzi się inwestor.

Zamawiający stoi na stanowisku, że zakwestionowanie odstąpienia od umowy lub też wysunięte roszczenie odszkodowawcze nie musi być usankcjonowane przez Sąd. Tym samym przedstawienie przez wykonawcę dowodów świadczących o fakcie podjęcia w sądzie próby ugodowej w ww. sprawie spornej pozostaje bez wpływu na decyzję zamawiającego. Nawet zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy.

Umowa dotycząca wykonania projektu koncepcji wielobranżowej, projektu budowlanego i projektu wykonawczego na budowę „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” nr 1. Zamawiający: Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego

Stanowisko wykonawcy

Wykonawca w treści złożonego oświadczenia wskazał, że:

W ramach przedmiotowej umowy nr 118/2019 z dnia 16 kwietnia 2019r. BBC wydało dokumentację projektową która została należycie wykonana i za którą BBC otrzymało pełne wynagrodzenie umowne. W ramach wynagrodzenia

umownego BBC świadczyło nadzory autorskie. BBC wezwało zamawiającego do współdziałania w zakresie umożliwienia świadczenia nadzorów autorskich jednak zamawiający pozostał bierny w przedmiotowym zakresie. W skutek powyższego BBC odstąpiło od umowy dostarczając pismo z odstąpieniem w dniu 23.06.2022. SGGW odstąpiło następnie od umowy z BBC dostarczając pismo z odstąpieniem w dniu 24.06.2022.

BBC zanegowało w całości stanowisko zamawiającego z pisma dostarczonego dnia 24.06.2022.

BBC wskazuje, iż zamawiający odstąpił do umowy następnie, gdyż odstąpienie BBC zostało dostarczone wcześniej.

Co więcej zamawiający SGGW nie naliczył BBC jakichkolwiek kar umownych a samo odstąpienie BBC (czy nawet zamawiającego) nie dotyczyło istotnej części umowy, gdyż BBC zmuszony było odstąpić od umowy z SGGW po zakończeniu całości dokumentacji, po wyborze na podstawie dokumentacji BBC Generalnego Wykonawcy Robót Budowlanych oraz po wielu miesiącach sprawowania nadzorów autorskich.

BBC sprawowało nadzór autorski i sprawowało go należycie czego dowodem są obecności na naradach koordynacyjnych w trakcie trwania robót budowlanych oraz liczna korespondencja w zakresie min. akceptacji kart materiałowych Generalnego Wykonawcy.

Dowodem na należyte wykonanie usługi przez BBC było m.in.:

- zapłata przez SGGW 100% wynagrodzenia dla BBC
- uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę
- wyborze GW robót budowlanych

Po pierwsze odstąpienie od umowy nastąpiło z uwagi na brak współdziałania zamawiającego i BBC odstąpiło pierwsze od umowy z zamawiającym z przyczyn zależnych do zamawiającego.

Co więcej nie może być mowy o niewykonaniu umowy w znacznym zakresie, gdyż BBC zrealizowała cały zakres dokumentacji projektowo kosztorysowej, uczestniczyła czynnie w procesie wyboru GW oraz realizowała nadzory autorskie. Co więcej nie nastąpiło ani naliczenie kar umownych przez SGGW, ani wystąpienie o odszkodowanie ani wprowadzenie wykonania zastępczego lub realizacji z jakichkolwiek uprawnień wynikających z rękojmi i gwarancji.

Jednocześnie BBC występowało z licznymi wnioskami o dostęp do informacji publicznej w zakresie treści odstąpienia od umowy ze SKANSKA przez SGGW oraz odpowiedzi SGGW na odstąpienie przez SKANSKA od umowy o roboty budowlane. Z posiadanej przez BBC wiedzy z obu ww. dokumentów wynika, iż zamawiający nie posiadał zastrzeżeń do świadczenia nadzorów autorskich przez BBC. Z uwagi na brak udostępnienia

informacji publicznej BBC skierowała stosowny wniosek do prokuratury o możliwości popełnienia przestępstwa. BBC stoi na stanowisku, wykazanym dowodami w przedmiotowym punkcie, iż to BBC doznało szkody w zakresie działania SGGW.

Mając na uwadze powyższe BBC wystąpiło z powództwem o ustalenie z dnia 18.08.2023 oraz wystąpiło ze Skargą na decyzję Rektora Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie z dnia 20 września 2023 r. wydaną w sprawie R-183/2023- czyli odmowa udostępnienia wykonawcy oświadczenia o odstąpieniu przez SGGW z firmą Skanska”

Wykonawca do tak przedstawionego uzasadnienia dołączył również:

Załączniki nr 15 - Wezwanie do współdziałania

Załącznik nr 15B faktury na 100% wartości umownej oraz potwierdzenia zapłaty 100% wynagrodzenia umownego

Załączniki nr 16 - Odstąpienie od Umowy BBC

Załączniki nr 17B - Odpowiedz BBC na odstąpienie od Umowy przez SGGW

Załączniki nr 20 - Wnioski w zakresie dostępu do informacji publicznej

Załączniki nr 21 - Powództwo BBC przeciw SGGW

Załączniki nr 22 - Zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa

Załączniki nr 23 - Decyzja o pozwoleniu na budowę

Załączniki nr 24 - Ogłoszenie o zawarciu umowy na roboty budowlane na podstawie dokumentacji BBC

Załączniki nr 25 - Wyciąg z notatek koordynacyjnych potwierdzający obecność BBC

Załączniki nr 26 - Wyciąg z korespondencji w trakcie trwania nadzorów autorskich potwierdzający odpowiedzi na wszelkie pytania do dokumentacji zgłaszane przez Zamawiającego i GW

Załączniki nr 26A — Pozew o ustalenie z dnia 18.08.2023

Załączniki nr 26B — Skarga na decyzję Rektora Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie z dnia 20 września 2023 r. wydaną w sprawie R-183/2023

Następnie jako kontynuację opisu wykonawcy wskazał również, że:

„SGGW opublikowało nowe postępowanie przetargowe na wykonanie koncepcji i dokumentacji przetargowej na budowę budynku Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie. SGGW zmieniło wytyczne projektowe ograniczyło zakres prac projektowych względem dokumentacji przygotowanej przez BBC. BBC wystartowało w ww. przetargu. Zamawiający SGGW opublikował w dniu 27.01.2023 Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o

wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. SGGW wykluczyło BBC między innymi z postępowania na podstawie art. 109 ust 1 pkt 7 wskazując w uzasadnieniu, iż podstawą uformowania takiego stanowiska był brak poinformowania w bieżącym postępowaniu SGGW o tym, że BBC odstąpiło częściowo od umowy na realizację prac projektowych Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w zakresie nadzorów autorskich z winy zamawiającego - o czym mowa w punkcie 4A powyżej. BBC w całości nie zgadza się ze stanowiskiem SGGW, gdyż SGGW posiadało wiedzę o odstąpieniu oraz posiadało wiedzę, iż nie ziszczyły się wszystkie przesłanki wymienione w art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy.

Po pierwsze odstąpienie od umowy jak opisywano w punkcie 4A nastąpiło z uwagi na brak współdziałania zamawiającego i BBC odstąpiło pierwsze od umowy z zamawiającym z przyczyn zależnych do zamawiającego. Co więcej nie może być mowy o niewykonaniu umowy w znacznym zakresie, gdyż BBC zrealizowała cały zakres dokumentacji projektowo kosztorysowej, uczestniczyła czynnie w procesie wyboru GW oraz realizowała nadzory autorskie. Co więcej nie nastąpiło ani naliczenie kar umownych przez SGGW, ani wystąpienie o odszkodowanie ani wprowadzenie wykonania zastępczego lub realizacji z jakichkolwiek uprawnień wynikających z rękojmi i gwarancji.

Jednocześnie BBC występowało z licznymi wnioskami o dostęp do informacji publicznej w zakresie treści odstąpienia od umowy ze SKANSKA przez SGGW oraz odpowiedzi SGGW na odstąpienie przez SKANSKA od umowy o roboty budowlane. Z posiadanej przez BBC wiedzy z obu ww. dokumentów wynika, że zamawiający nie posiadał zastrzeżeń do świadczenia nadzorów autorskich przez BBC. Z uwagi na brak udostępnienia informacji publicznej BBC skierowała stosowny wniosek do prokuratury o możliwości popełnienia przestępstwa. BBC przy opisanej wyżej postawie SGGW przestało być dalej zainteresowane pozyskaniem zamówienia, dlatego nie składało odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej do KIO

Mając na uwadze powyższe BBC wystąpiło z powództwem o ustalenie z dnia 18.08.2023 oraz wystąpiło ze skargą na decyzję Rektora Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie z dnia 20 września 2023 r. wydaną w sprawie R-183/2023- czyli odmowa udostępnienia wykonawcy oświadczenia o odstąpieniu przez SGGW z firmą Skanska”

Wykonawca do tak przedstawionego uzasadnienia dołączył dodatkowo:

Załączniki nr 18 - informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

Załączniki nr 19 -Stanowisko BBC w zakresie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej

Załączniki nr 20 - Wnioski w zakresie dostępu do informacji publicznej

Załączniki nr 21 - Powództwo BBC przeciw SGGW

Załączniki nr 22 - Zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa

Załączniki nr 23 - Decyzja o pozwoleniu na budowę

Załączniki nr 24 - Ogłoszenie o zawarciu umowy na roboty budowlane na podstawie dokumentacji BBC

Załączniki nr 25 - Wyciąg z notatek koordynacyjnych potwierdzający obecność BBC

Załączniki nr 26 - Wyciąg z korespondencji w trakcie trwania nadzorów autorskich potwierdzający odpowiedzi na wszelkie pytania do dokumentacji zgłaszane przez Zamawiającego i GW

Załączniki nr 26A - Pozew o ustalenie z dnia 18.08.2023

Załączniki nr 26B - Skarga na decyzję Rektora Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie z dnia 20 września 2023 r. wydaną w sprawie R-183/2023

Do oferty wykonawca dołączył analogicznie oświadczenie podmiotu trzeciego tj. BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. z dnia 09.11.2023 r. w przedmiocie informacji o sprawach spornych dotyczących złożenia przez zamawiających oświadczeń o odstąpieniu od umowy, w których stroną było konsorcjum firm: BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Spółka z o.o. Sp.k. oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z.

Wykonawca w treści złożonego oświadczenia wskazał, że:

„W ramach przedmiotowej umowy nr 118/2019 z dnia 16 kwietnia 2019r. BBC wydało dokumentację projektową, która została należycie wykonana i za którą BBC otrzymało pełne wynagrodzenie umowne. W ramach wynagrodzenia umownego BBC świadczyło nadzory autorskie. BBC wezwało zamawiającego do współdziałania w zakresie umożliwienia świadczenia nadzorów autorskich jednak zamawiający pozostał bierny w przedmiotowym zakresie. W skutek powyższego BBC odstąpiło od umowy dostarczając pismo z odstąpieniem w dniu 23.06.2022. SGGW odstąpiło następnie od umowy z BBC dostarczając pismo z odstąpieniem w dniu 24.06.2022. BBC zanegowało w całości stanowisko zamawiającego z pisma dostarczonego dnia 24.06.2022”.

Wykonawca do tak przedstawionego uzasadnienia dołączył również:

•Załączniki nr 15 — Wezwanie do współdziałania (pismo z dnia 18.05.2022 r.),

•Załączniki nr 16 — Zerwanie Umowy BBC (odstąpienie od Umowy BBC (pismo z dnia 22.06.2022 r. złożone w kancelarii SGGW w dniu 23.06.2022 r.),

•Załączniki nr 17 — Zerwanie Umowy SGGW (wypowiedzenie umowy nr DI/7/2019 przez SGGW z dnia 09.06.2022 r.)

Wstępna analiza zamawiającego

Wstępna analiza ww. dokumentów pozwoliła zamawiającemu na stwierdzenie, iż zamówienie pn. Wykonania projektu koncepcji wielobranżowej, projektu budowlanego i projektu wykonawczego na budowę „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” realizowane było na podstawie umowy nr DI/7/2019 z dnia 21 listopada 2019 r. przez konsorcjum firm BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. oraz BBC Best Building Consultants Nadzory Doradztwo Budowlane Ł.Z. pomimo, że w treści uzasadnienia zarówno Wykonawca jak i podmiot trzeci powołują się na umowę nr 118/2019 z dnia 16 kwietnia 2019 r.

W tym miejscu zamawiający zaznaczyć, że ww. umowa została rozwiązana zarówno przez inwestora jak i wykonawcę (załącznik nr 16 i 17 do wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w postępowaniu).

Zamawiający na podstawie załączonej dokumentacji nie był w stanie stwierdzić, kto odstąpił od umowy jako pierwszy. W załączonej dokumentacji jest tylko informacja dotyczącą terminu odstąpienia od umowy przez wykonawcę (wypowiedzenie umowy zostało doręczone do kancelarii zamawiającego w dniu 23.06.2023 r.). Z załączonych wyjaśnień nie wynika, kiedy wypowiedzenie umowy nr DI/7/2019 przez Inwestora tj. SGGW zostało doręczone wykonawcy.

W ocenie zamawiającego bezspornym pozostaje fakt, iż w ramach przedmiotowego postępowania wykonawca sporządził dokumentację projektową na podstawie, której zostało wydane pozwolenie na budowę (decyzja nr 206/D/20 z dnia 15.10.2020 r.- załącznik nr 23).

Zamawiający na podstawie wykonanej przez wykonawcę dokumentacji projektowej zlecił realizację inwestycji Generalnemu Wykonawcy SKANSKA S.A.

W związku z powyższym inwestor (zgodnie z zawartą umową nr DI/7/2019) wezwał wykonawcę do podjęcia czynności nadzoru autorskiego (Załącznik nr 24 - Ogłoszenie o zawarciu umowy na roboty budowlane na podstawie dokumentacji BBC). Jednocześnie w ww. piśmie inwestor zwrócił się przed podjęciem prac koordynacyjnych do konsorcjum BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. o niezwłoczne wyjaśnienia kwestii dotyczących wykonanej dokumentacji tj. udzielenia początkowo odpowiedzi na 29 pytań, które w dalszym toku postępowania stanowiły już 125 pytań kierowanych do wykonawcy.

Na podstawie złożonych wyjaśnień wykonawcy, zamawiający nie był w stanie stwierdzić, czy wykonawca ustosunkował się do wezwania inwestora.

Jedyne dokumenty, jakie zostały przekazane przez wykonawcę obejmują wyciąg z notatek koordynacyjnych oraz wyciąg z korespondencji, jaka miała miejsce już na etapie trwania nadzorów autorskich (załącznik nr 25 i 26).

W tym miejscu należy zaznaczyć, że załączone notatki ze spotkań koordynacyjnych, budziły poważne wątpliwości, ponieważ poza listą osób biorących udział w naradach, ww. dokumenty nie zawierają żadnej treści, a tym samym uniemożliwiały dokonanie oceny czy umowa nr DI/7/2019 w zakresie pełnienia nadzoru autorskiego była realizowana w sposób należyty.

Dodatkowo z załączonych wyjaśnień do oferty wynika, że w dniu 13.12.2021 r. Generalny Wykonawca robót tj. SKANSKA S.A odstąpił od zawartej umowy z Inwestorem, co w konsekwencji doprowadziło do wypowiedzenia przez Inwestora - SGGW umowy nr DI/7/2019 z Wykonawcą (załącznik nr 17 - wypowiedzenie z dnia 09.06.2022 r.). Umowa została wypowiedziana w trybie natychmiastowym, a powodem jej rozwiązania wg. Inwestora był spór kompetencyjny pomiędzy projektantem wykonawcy a wykonawcą oraz uporczywe uchylanie się od wykonywania obowiązków nadzoru autorskiego. Zamawiający zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu Inwestor— SGGW wykluczył w kolejno prowadzonym postępowaniu wykonawcę m.in na mocy art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy wskazując w uzasadnieniu, że podstawą wykluczenia jest nienależyte wykonanie wcześniejszej umowy nr DI/7/2019 (co wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z dnia 27.01.2023 r - załącznik nr 18).

W uzasadnieniu inwestor wskazał, że zarówno w stosunku do wykonawcy BBC Best Building Consultants Sp. z o. o. Sp.k. jak i BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z., zachodzi podstawa wykluczenia wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z nienależytym wykonaniem wcześniejszej umowy nr DI/7/2019 z uwagi na:

- długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań umowy, co w konsekwencji doprowadziło do jej wypowiedzenie w dniu 9.06.2022r.,
- brak wykonywania obowiązków związanych z nadzorem autorskim projektanta w całym okresie trwania robót budowlanych,
- brak usuwania w ramach nadzoru oraz w okresie rękojmi i gwarancji istotnych wad i usterek projektu, które były wadami krytycznymi wpływającymi na bezpieczeństwo konstrukcji (ww. wady dotyczyły najistotniejszych elementów dokumentacji projektowej tj. projektu konstrukcyjnego i polegały na nieuwzględnieniu w dokumentacji kompletu obciążeń poziomych i pionowych, przekroczenia stanów granicznych płyt fundamentowych, belek żelbetowych, belek stalowych i połączeń).

W odpowiedzi na odrzucenie oferty, Wykonawca przedstawił swoje stanowisko w piśmie z dnia 10.02.2023 r. (załącznik

nr 19 Stanowisko BBC w zakresie informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej). Przedstawione wyjaśnienia nie odnoszą się jednak do zarzutów stawianych przez Zamawiającego tj. do z art 109 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP braku wykonywania nadzoru autorskiego oraz braku usuwania przez Wykonawcę wad krytycznych, jakie pojawiły się w dokumentacji projektowej na etapie realizacji prac budowlanych.

Brak odwołania się wykonawcy od decyzji inwestora (Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z dnia 27.01.2023 r - załącznik nr 18), budzi poważne wątpliwości, z uwagi na fakt, że takie działanie wykonawcy może być ocenione, jako zgoda na powody wykluczenia go z postępowania tj. z art 109 ust. 1 pkt 7 ustawy w związku z nienależytym wykonaniem wcześniejszej umowy nr DI/7/2019.

Tłumaczenie wykonawcy w uzasadnieniu do złożonych wyjaśnień (pkt 4B), że stracił zainteresowanie pozyskaniem ww. zamówienia z uwagi na brak udostępnienia informacji publicznej przez SGGW (Załącznik nr 20 - Wnioski w zakresie dostępu do informacji publicznej - pisma wystawione w dniach: 25.05.2023r., 21.12.2021 r., 21.12.2021 r., oraz 16.12.2021 r) — są dla zamawiającego mało wiarygodne.

W ocenie zamawiającego przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie pozwoliły w sposób obiektywny ustalić, czy:

- Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności czy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie

- Wykonawca 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 co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

Przedstawione przez wykonawcę dokumenty przedstawiają jedynie ocenę stanu faktycznego jednej ze stron sporu tj. ocenę wykonawcy i wybiórcze stanowisko inwestora.

Z uwagi na powyższe, na mocy art. 128 ust. 5 ustawy zamawiający zwrócił się do inwestora tj. Szkoły Głównej Gospodarstwa Wiejskiego z wnioskiem o przedstawienie informacji w zakresie umowy nr DI/7/2019 z dnia 21.11.2019 r. pn. wykonanie projektu koncepcji wielobranżowej, projektu budowlanego i projektu wykonawczego na budowę „Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie” nr 1., realizowanej przez Konsorcjum firm: BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Spółka z o.o. Sp.k. oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z.:

- 1)Daty odstąpienia od umowy (wraz z informacją o dacie doręczenia przedmiotowego odstąpienia wykonawcy oraz przekazaniem dowodu doręczenia odstąpienia)
 - 2)Za jaki zakres prac w ramach realizacji przedmiotowej umowy był odpowiedzialny konsorcjant BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. a za jaki BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. ?
 - 3)Wskazania na jakim etapie znajduje się przedmiotowa sprawa (czy którakolwiek ze stron wniosła pozew do Sądu czy naliczono/ zapłacono kary umowne?)
 - 4)Czy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy?
 - 5)Jakie były wady i usterki uznane przez Inwestora za krytyczne, o których mowa w uzasadnieniu odrzucenia oferty Wykonawcy BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. (nr postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: DINT/60/23, nr sprawy DINT.250.8.2022)?
 - 6)Szczegółowe wykazanie i opisanie na czym polegały ww. wady i jaki miały wpływ na realizację przez inwestora procesu budowlanego (w branży konstrukcyjnej jak również w pozostałych branżach) w oparciu o wykonaną dokumentację?
 - 7)Czy odstąpienie od umowy związane było z niewykonaniem/nienależytym wykonaniem czy długotrwałym nienależytym wykonywaniem umowy?
 - 8)Czy odstąpienie od umowy dotyczyło niewykonania/ nienależytego wykonania/ długotrwale nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z umowy?
 - 9)Czy odstąpienie od umowy dotyczyło niewykonania/ nienależytego wykonania umowy wynikającego z zamierzonego działania wykonawcy lub rażącego niedbalstwa wykonawcy?
 - 10)Na czym polegał zarzucany przez wykonawcę brak współdziałania ze strony zamawiającego?
 - 11)Jakie sprzeczne stanowiska przedstawiał konstruktor M.J. i wykonawca na etapie realizacji inwestycji?
 - 12)Czy według zamawiającego projekt wykonany w ramach powyższej umowy można uznać za wykonany nienależycie ze względu na ujawnione wady krytyczne w ramach nadzoru autorskiego?
 - 13)Czy stanowisko Generalnego Wykonawcy SKANSKA S.A. według zamawiającego było słuszne w sprawie błędów projektowych, czy jak twierdzi Wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k., Generalny Wykonawca tj. SKANSKA S.A. chciał uzyskać dodatkowe wynagrodzenie?
- Zamawiający poprosił również o udostępnienie:

1. Umowy nr DI/7/2019 z dnia 21.11.2019 r.

2. Pisma SGGW z dnia 05.11.2021 r. (znak DI/240/2021)

3. Odpowiedź Wykonawcy: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. na wezwanie SGGW z dnia 15.12.2021 r.

4. 125 pytań GW SKANSKA S.A. do projektantów w trybie nadzoru autorskiego

5. Odstąpienia od Umowy nr DI/1/2021 z dnia 25.06.2021 r. przez SKANSKA S.A.

6. Dziennika budowy

Stanowisko inwestora

W dniu 19.01.2024 r. Inwestor - Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie przekazał zamawiającemu odpowiedź w której wskazano szczegóły dotyczące.:

1. Daty odstąpienia od umowy (wraz z informacją o dacie doręczenia przedmiotowego odstąpienia Wykonawcy oraz przekazaniem dowodu doręczenia odstąpienia).

Odpowiedź Inwestora: Wykonawca — Konsorcjum BBC odebrało oświadczenie SGGW w Warszawie o wypowiedzeniu (nie odstąpieniu) umowy z dnia 9 czerwca 2022 r. w następujący sposób. Oświadczenie SGGW w Warszawie z dnia 9 czerwca 2022 r. zostało nadane przesyłką poleconą za potwierdzeniem odbioru w dniu 10 czerwca 2022 r. na adres obu konsorcjantów, osobno do Lidera Konsorcjum : BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. osobno do Partnera Konsorcjum Łukasza Zdziebłowskiego. Próba doręczenia wypowiedzenia obu podmiotom nastąpiła w dniu 13 czerwca 2022 r. Jednakże nie zostały one odebrane przez żadnego z nich. Awizowano powtórnie w dniu 21 czerwca 2022 r. BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. odebrało przesyłkę z placówki pocztowej w dniu 24 czerwca 2022 r. (pełnomocnik), zaś za Łukasza Zdziebłowskiego ta sama osoba (pełnomocnik) odebrała przesyłkę z placówki pocztowej w dniu 27 czerwca 2022 r. Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, iż oświadczenie woli SGGW w Warszawie o wypowiedzeniu umowy, jako że zostało skierowane do adresatów będących przedsiębiorcami, zostało im przekazane pocztą na adres siedziby i obaj mogli się zapoznać z jego treścią najpóźniej w następnym dniu roboczym, w którym przesyłka mogła zostać odebrana na podstawie zawiadomienia pocztowego tj. 14 czerwca 2022 r. (spełnione przesłanki określone w art. 61 § 1 zd. 1 k.c.). Ponadto w dniu 20 czerwca 2022 r. pisma te zostały dodatkowo przesłane przez SGGW w Warszawie na adresy mailowe Lidera i Partnera Konsorcjum wskazane do doręczeń w treści par 10 umowy i przez nich odebrane tego dnia odpowiednio o godz. 13.57 i godz. 13.47.

2. Za jaki zakres prac w ramach realizacji przedmiotowej umowy był odpowiedzialny konsorcjant BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. a za jaki BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. ?

Odpowiedź inwestora: Zawarta umowa nie precyzowała za jaki zakres prac w ramach realizacji przedmiotowej umowy był odpowiedzialny konsorcjant BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k., a za jaki BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z..

3. Wskazania na jakim etapie znajduje się przedmiotowa sprawa (czy którakolwiek ze stron wniosła pozew do Sądu czy naliczono/ zapłacono kary umowne?)

Odpowiedź inwestora: Na dzień udzielenia niniejszej odpowiedzi nie naliczono jeszcze kar umownych z powodu nienależytego wykonania umowy przez Konsorcjum BBC ani nie dochodzi się jeszcze sądowo odszkodowania od tego podmiotu z uwagi na trwający proces ustalania wysokości szkody poniesionej przez SGGW w Warszawie spowodowany wadliwym działaniem i zaniechaniem Konsorcjum BBC w wielu obszarach (trwa procedura naprawcza projektu).

4. Czy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących całkowicie po stronie wykonawcy? Odpowiedź inwestora: Wypowiedzenie umowy spowodowane było przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie wykonawcy.

5. Jakie były wady i usterki uznane przez Państwa za krytyczne, o których mowa w uzasadnieniu odrzucenia oferty Wykonawcy BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. (nr postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: DINT/60/2023, nr sprawy DINT.250.8.2022)?

Odpowiedź inwestora: Wady te dotyczyły najistotniejszych elementów stworzonej dokumentacji projektowej, tj. projektu konstrukcyjnego, który diametralnie wpływał również na rozwiązania projektowe w pozostałych branżach. Między innymi wady polegały na nieuwzględnieniu kompletności obciążeń poziomych i pionowych, przekroczenia stanów granicznych płyt fundamentowych, belek żelbetonowych, belek stalowych i połączeń.

6. Szczegółowe wykazanie i opisanie na czym polegały ww. wady i jaki miały wpływ na realizację przez Inwestora procesu budowlanego (w branży konstrukcyjnej jak również w pozostałych branżach) w oparciu o wykonaną dokumentację?

Odpowiedź inwestora: Odpowiedzi udzielono przy pytaniu nr 5.

7. Czy odstąpienie od umowy związane było z niewykonaniem/nienależytym wykonaniem czy długotrwałym nienależytym wykonywaniem umowy?

Odpowiedź: Wypowiedzenie umowy nastąpiło na skutek nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Nienależyte wykonanie umowy polegało na uporczywym uchylaniu się od prawidłowego wykonywania obowiązków nadzoru autorskiego przez Konsorcjum BBC, w tym brak w terminie odpowiedzi na ponad 125 pytań w trybie nadzoru autorskiego

skierowanych do projektanta przez wykonawcę (Skanska S.A.) zadania inwestycyjnego ICNŻ. Można więc stwierdzić, że mogło mieć to charakter długotrwałego nienależytego wykonywania obowiązków umownych.

8.Czy odstąpienie od umowy dotyczyło niewykonania/nienależytego wykonania/ długotrwałe nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z umowy?

Odpowiedź inwestora: Tak

9.Czy odstąpienie od umowy dotyczyło niewykonania/ nienależytego wykonania umowy wynikającego z zamierzonego działania Wykonawcy lub rażącego niedbalstwa Wykonawcy?

Odpowiedź inwestora: Tak

10.Na czym polegał zarzucany przez wykonawcę brak współdziałania ze strony zamawiającego?

Odpowiedź Inwestora: Rzekomy brak współdziałania zarzucany zamawiającemu przez wykonawcę dotyczył „braku wyboru przez Państwa (SGGW) wykonawcy robót budowlanych dla przedmiotowej inwestycji oraz rozpoczęcia robót budowlanych”. Zarzut ten postawiono 5 miesięcy po odstąpieniu przez wykonawcę (Skanska S.A.) od umowy nr DI/1/2021 z dnia 25 czerwca 2021 r. zawartej z SGGW w Warszawie o roboty budowlane dotyczące ICNŻ. Przyczyną odstąpienia przez SKANSKA od umowy była zwłoka zamawiającego w wykonaniu umowy polegająca na braku przekazania prawidłowej i kompletnej dokumentacji budowlanej (w rzeczywistości braku usunięcia ujawnionych w toku wykonywania inwestycji jej istotnych wad przez Konsorcjum BBC) oraz uchylanie się od pełnienia nadzoru autorskiego przez projektanta działającego na zlecenie zamawiającego (Konsorcjum BBC). W rzeczywistości rzekomy zarzut był całkowicie fikcyjny ponieważ brak pełnienia nadzoru autorskiego dotyczył okresu wykonywania inwestycji ICNŻ.

11.Jakie sprzeczne stanowiska przedstawiał konstruktor M.J. i Wykonawca na etapie realizacji inwestycji?

Odpowiedź inwestora: Nie wiemy czy w pytaniu chodzi Państwu o wykonawcę - Konsorcjum BBC czy o wykonawcę zadania inwestycyjnego ICNŻ - Skanska S.A.

12.Czy według Państwa projekt wykonany w ramach powyższej umowy można uznać za wykonany nienależycie ze względu na ujawnione wady krytyczne w ramach nadzoru autorskiego?

Odpowiedź inwestora:: Według zamawiającego projekt wykonany w ramach powyższej umowy nie można uznać za wykonany nienależycie ze względu na ujawnione w toku realizacji inwestycji wady krytyczne. Projekt ten w późniejszym okresie wymagał poprawienia, co zostało wykonane w ramach innego zamówienia publicznego.

13.Czy stanowisko Generalnego Wykonawcy SKANSKA S.A. według Zamawiającego było słuszne w sprawie błędów projektowych, czy jak twierdzi Wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k., Generalny Wykonawca tj. SKANSKA S.A. chciał uzyskać dodatkowe wynagrodzenie?

Odpowiedź inwestora: Stanowisko Generalnego Wykonawcy SKANSKA S.A. było słuszne i potwierdziło się w późniejszym czasie koniecznością poprawienia projektu, co zostało wykonane w ramach innego zamówienia publicznego.

Wraz z przekazanymi powyżej informacjami inwestor przekazał zamawiającemu:

Umowę nr DI/7/2019 z dnia 21.11.2019 r.

Pismo SGGW z dnia 05.11.2021 r. (znak DI/240/2021)

Odpowiedź Wykonawcy: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. na wezwanie SGGW z dnia 15.12.2021 r.

pytania GW SKANSKA S.A. do projektantów w trybie nadzoru autorskiego o odstąpienie od Umowy nr DI/1/2021 z dnia 25.06.2021 r. przez SKANSKA S.A.

Dziennik budowy

Stanowisko Wykonawcy zawarte w dokumentach złożonych dobrowolnie przez Wykonawcę jako samouzupełnienie w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. w dniu 09.02.2024 r.:

Wykonawca powielił treść wyjaśnienia przedstawioną wraz z ofertą a dodatkowo poinformował zamawiającego, że w sprawie odstąpienia SGGW od umowy o nr DI/7/2019 z dnia 21.11.2019 r. jest prowadzony spór sądowy, w którym to w ocenie wykonawcy nie zaszły okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy.

Wykonawca do tak przedstawionego uzasadnienia dołączył również:

Załączniki nr 10 — Wezwanie do współdziałania

Załącznik nr 11- faktury na 100% wartości umownej oraz potwierdzenia zapłaty 100% wynagrodzenia umownego

Załączniki nr 12 — Odstąpienie od Umowy BBC

Załączniki nr 13 — Odstąpienie od Umowy SGGW

Załączniki nr 15 —Wnioski w zakresie dostępu do informacji publicznej

Załączniki nr 16— Zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa

Załączniki nr 17— Decyzja o pozwoleniu na budowę

Załączniki nr 18— Ogłoszenie o zawarciu umowy na roboty budowlane na podstawie dokumentacji BBC

Załączniki nr 19—Wyciąg z notatek koordynacyjnych potwierdzający obecność BBC

Załączniki nr 20— Wyciąg z korespondencji w trakcie trwania nadzorów autorskich potwierdzający odpowiedzi na wszelkie pytania do dokumentacji zgłaszane przez Zamawiającego i GW

Załączniki nr 21 — Powództwo dotyczące SGGW

Załączniki nr 22 — Skarga do WSA przeciw SGGW

Załącznik nr 23 - Informacja o wyborze oraz wykluczenie

W porównaniu do wcześniej złożonych materiałów dowodowych Wykonawca dodatkowo przesłał:

Korespondencje SGGW z BBC BEST BUILDING CONSULTANTS spółka z o.o. sp.k. dotycząca odpowiedzi na wnioś o udostępnienie informacji publicznej

Pismo SKANSKA S.A. z dnia 13.12.2021 r. (odstąpienie od umowy nr DI/1/2021 z dnia 25.06.2021 r.) — w którego posiadaniu Zamawiający jest na obecnym etapie postępowania z uwagi na fakt, że pozyskał je od inwestora.

Stanowisko zamawiającego po weryfikacji informacji od wykonawcy i inwestora

Umowa zawarta pomiędzy Inwestorem SGGW w Warszawie a konsorcjum: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. (zwanym dalej wykonawcą) dotyczyło wykonania dokumentacji projektowej na budowę Centrum Nauk Żywnościowych SGGW w Warszawie.

Pismem z dnia 09.06.2022 r. inwestor skutecznie wypowiedział ww. umowę wykonawcy (Zamawiający zgadza się ze stanowiskiem inwestora w zakresie skuteczności doręczenia wypowiedzenia).

Wypowiedzenie od umowy przez inwestora mieści się zatem w okresie, o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy tj. w okresie ostatnich 3 lat.

W par. 1 ust. 3 zawartej pomiędzy stronami umowy zawarto obowiązki wykonawcy z których wynika, że:

Przedmiot Umowy obejmuje wykonanie kompletnej dokumentacji projektowej, zgodnej z rozporządzeniem Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego z dnia 25 kwietnia 2012 r. (Dz.U. z 2012 r. poz. 462); rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 (Dz. U. nr 202 poz. 2072) oraz z warunkami rynkowymi dla tego typu prac, w tym:

a) koncepcji wielobranżowej zgodnej z: decyzją lokalizacji inwestycji celu publicznego nr 14/CP/2019 z dnia 20.05.2019 roku wydanej przez Zarząd Dzielnicy Ursynów m.st. Warszawy zał. 7 umowy opracowanej na podstawie koncepcji ICNŻ zał. Nr 5 umowy; PFU - zał. nr 4 umowy, wytycznych technologicznych - zał. nr 6 umowy. Szczegółowe wytyczne ujęto w załączniku nr 8 do niniejszej Umowy;

b) projektu budowlanego ze wszystkimi wymaganymi opiniami, uzgodnieniami, zatwierdzeniami, zgodnego z rozporządzeniem jw.; wraz z renderingami pokazującymi bryłę budynku i charakterystyczne rozwiązania - w liczbie 3-5 ujęć, w uzgodnieniu z Zamawiającym wraz z wnioskiem o pozwolenie na budowę i przekazaniem praw autorskich;

c) uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę;

d) projektu wykonawczego w zakresie i skali opracowania wystarczającym dla jednoznacznej interpretacji wszystkich stosowanych rozwiązań i ich czytelności oraz pełną listę projektowanych materiałów i urządzeń; szczegółowy zakres opracowania ujęty jest w Załączniku nr 9 do niniejszej Umowy; wraz z renderingami pokazującymi bryłę budynku i charakterystyczne rozwiązania - w liczbie 3-5 ujęć, i uzgodnienie z Zamawiającym; specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, zgodnych z aktualnym poziomem wiedzy technicznej (STWiOR); kompletu przedmiarów prac objętych dokumentacją projektową i kosztorysów inwestorskich wykonanych w zgodzie z przyjętymi, wspólnie z Zamawiającym, założeniami kosztorysowymi.

Ww. część umowy została wykonana, Inwestor odebrał ją oraz zapłacił.

Umowa w par. 1 ust 4 przewidywała jednak dodatkowo obowiązki związane z przetargiem na roboty budowlane oraz pełnienie nadzoru autorskiego, w tym udzielanie konsultacji jako autor opracowania w przetargu na wykonawstwo prac opartych na przekazanej dokumentacji technicznej, udzielanie odpowiedzi na wszystkie pytania dotyczące dokumentacji i związane ze sposobem wykonania prac, wydawanie brakujących fragmentów opracowania, uzupełnianie opracowania o niezbędne elementy, korekty opracowania o zauważone błędy zarówno na etapie przetargu, jak i w trakcie realizacji robót.

W par. 4 ust. 33 umowy przewidziano także, iż wykonawca, zgodnie z zapisami Prawa budowlanego, ma obowiązek pełnić nadzór autorski nad realizacją obiektu objętego opracowaniem projektowym. W ramach tych obowiązków wykonawca zobowiązuje się do obecności na naradach koordynacyjnych (1 raz/tydzień) organizowanych przez zamawiającego, w przypadku poinformowania o takim spotkaniu z min. wyprzedzeniem 48 godzin. Wykonawca zobowiązuje się do uczestniczenia w ww. koordynacji każdego z branżystów wskazanych przez zamawiającego.

Zgodnie z zebrany materiał dowodowy (dokumenty przedstawione przez wykonawcę oraz Inwestora) do wypowiedzenia umowy doszło z powodu:

- długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań umowy, co w konsekwencji doprowadziło do jej wypowiedzenia
- braku wykonywania obowiązków związanych z nadzorem autorskim projektanta w całym okresie trwania robót

budowlanych,

- braku usuwania w ramach nadzoru oraz w okresie rękojmi i gwarancji istotnych wad i usterek projektu, które były wadami krytycznymi wpływającymi na bezpieczeństwo konstrukcji (ww. wady dotyczyły najistotniejszych elementów dokumentacji projektowej tj. projektu konstrukcyjnego i polegały na nieuwzględnieniu w dokumentacji kompletu obciążeń poziomych i pionowych, przekroczenia stanów granicznych płyt fundamentowych, belek żelbetowych, belek stalowych i połączeń).

Zaznaczyć w tym miejscu należy za informacją uzyskaną od inwestora (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27.01.2023 r.) :

„Standardowe koordynacje w ramach realizacji obiektu ICNŻ odbywały się w systemie tygodniowym.

Zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane (Dz.Dz.U.2021.2351) do podstawowych obowiązków projektanta należy sprawowanie nadzoru autorskiego na żądanie inwestora lub organu administracji architektoniczno-budowlanej w zakresie:

a) stwierdzania w toku wykonywania robót budowlanych zgodności realizacji z projektem,

b) uzgadniania możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do przewidzianych w projekcie, zgłoszonych przez kierownika budowy lub inspektora nadzoru inwestorskiego.

Obowiązki związane z nadzorem autorskim projektanta miały być wykonywane przez cały okres trwania robót budowlanych, czyli de facto do momentu zgłoszenia ich zakończenia we właściwym organie nadzoru budowlanego.”

Jak wynika z obszernej dokumentacji budowy, w tym z notatek z 21 porad koordynacyjnych oraz korespondencji kierowanej do Wykonawców przez Inwestora, nadzór autorski nie był wykonywany prawidłowo pomimo wielokrotnych wezwań i ponagłań w celu stawienia się projektanta na plac budowy. Uporczywe uchylanie się od wykonywania obowiązków nadzoru autorskiego, w tym brak w terminie odpowiedzi na ponad 125 pytań skierowanych przez Generalnego Wykonawcę robót budowlanych tj. Skanska S.A. w trybie nadzoru autorskiego stało się jedną z przyczyn wstrzymania przez GW robót budowlanych oraz odstąpienia przez niego w dniu 13 grudnia 2021 r. od umowy o roboty budowlane dotyczące prowadzonej inwestycji. Niewątpliwie kolejną okolicznością rzutującą na prawidłowość wykonywania umowy był wewnętrzny spór personalno-kompetencyjny pomiędzy Konsorcjum a projektantem konstrukcji. W wyniku powstałego sporu, każda ze stron przekazywała Inwestorowi odmienne, wewnętrznie sprzeczne stanowiska w zakresie współpracy głównego projektanta z wykonawcami. Zdarzenia te pozostają w bezpośrednim związku przyczynowym z wadliwie wykonywaną przez wykonawcami umową między innymi w części dotyczącej zlecenia nadzoru autorskiego. Biorąc pod uwagę powyższe, wobec jednoznacznych dowodów na niewłaściwe wykonywanie przez Konsorcjum nadzoru autorskiego w ramach ww. umowy Inwestor w oparciu o art. 746 par. 1 kodeksu cywilnego wypowiedział w trybie natychmiastowym przedmiotową umowę. Dalsze kontynuowanie wadliwie pełnionego nadzoru autorskiego mogło spowodować tylko pogłębianie szkody po stronie SGGW wynikającej z nienależytego wykonywania zobowiązań przez Konsorcjum. Ww. okoliczności bezwzględnie należy zakwalifikować jako leżące po stronie wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, z którym wówczas wykonawca realizował umowę w ramach konsorcjum. Zobowiązania wynikające z par. 1 ust. 4 Umowy oraz par. 4 ust. 33 Umowy nie zostały wykonane należycie w znacznym stopniu i zakresie, a bezsprzecznie były to zobowiązania istotne, które uniemożliwiły zrealizowanie zamówienia w postaci wykonania robót budowlanych dotyczących budowy budynku Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych SGGW. Wykonawca nie usuwał w ramach nadzoru oraz w okresie rękojmi i gwarancji stwierdzanych w trakcie procesu budowlanego wad i usterek projektu, które były wadami krytycznymi wpływającymi na bezpieczeństwo konstrukcji. Wady te dotyczyły bowiem najistotniejszych elementów stworzonej dokumentacji projektowej tj. projektu konstrukcyjnego, który diametralnie wpływał również na rozwiązania projektowe w pozostałych branżach. Między innymi wady polegały na nieuwzględnieniu kompletu obciążeń poziomych i pionowych, przekroczenia stanów granicznych płyt fundamentowych, belek żelbetowych, belek stalowych i połączeń. W świetle powyższego dojść należało do przekonania, że ww. podmioty nie wykonały prawidłowo/należycie obowiązków ww. umowy zarówno w fazie prac projektowych, co przełożyło się na konieczność realizowania obowiązków w ramach rękojmi i gwarancji, jak i w zakresie czynności w fazie pełnienia nadzoru autorskiego. Dodatkowo zamawiający dodał, że inwestor w wyniku ww. okoliczności, tj. niewłaściwego wykonywania zobowiązań umownych przez wykonawców, czego następstwem było wypowiedzenie umowy z winy wykonawcy, zmuszony był do ogłoszenia postępowania, z którego wykonawca został wykluczony m.in. z wyżej opisanych przyczyn.

Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że w stosunku do wykonawcy, ale również podmiotu trzeciego zostały wypełnione wszystkie przesłanki, będące podstawą wykluczenia go z niniejszego postępowania, wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Jak bezskutecznie usiłuje udowodnić wykonawca, zamawiający nie odnalazł w zebranej dokumentacji podstaw by sądzić, że od umowy wykonawca odstąpił jako pierwszy, oraz aby wypowiedzenie od umowy nastąpiło z winy inwestora. To wykonawca nienależycie świadczył umowę w zakresie nadzoru autorskiego do którego był zobowiązany, jak również

nie naprawiał w okresie rękojmi i gwarancji krytycznych wad projektowych które uniemożliwiły realizację robót budowlanych. Bez znaczenia w tym miejscu pozostaje fakt, że pierwsza część umowy wykonana przez wykonawcę została odebrana przez inwestora a inwestor zapłacił za tę część — wady krytyczne ujawniły się bowiem na etapie robót budowlanych a zgodnie z zawartą umową wykonawca zobowiązany był do ich usunięcia — czego nie uczynił. To poskutkowało najgorszymi w skutkach dla inwestora konsekwencjami, że z powodu wadliwości przekazanej dokumentacji inwestycja nie mogła być zrealizowana (Generalny Wykonawca odstąpił od umowy) a inwestor zmuszony był zlecić do wykonania dokumentację projektową kolejnemu wykonawcy. Powyższe świadczy o fakcie, że z przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy w znacznym stopniu lub zakresie nie zostały wykonane należycie zobowiązania umowne wskazane w par 1 ust. 4 oraz par 4 ust. 33 umowy które były zobowiązaniami istotnymi — co doprowadziło do wypowiedzenia od umowy przez Inwestora.

Zamawiający na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę w trakcie postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia tj. w dniu 09.02.2024 r. stoi na stanowisku, że poza twierdzeniami wykonawcy, że w najbliższych tygodniach wykonawca planuje złożyć pozew o naprawienie szkód związanych z udzielaniem nieprawdziwych informacji przez inwestora - SGGW (co budzi u zamawiającego podejrzenie, że jest to jedynie zachowanie pozorne, które ma służyć podkreśleniu racji BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Spółka z o.o. Sp. z o.o. wykonawca nie przedstawił zamawiającemu żadnych nowych dowodów na okoliczność braku podstaw wykluczenia go z postępowania. Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko, że do odstąpienia od ww. umowy nr DI/1/2019 z dnia 25.06.2021 r. doszło wskutek nieotrzymania od wykonawcy kompletnej i poprawionej dokumentacji wykonawczej oraz braku zapewnienia pełnienia nadzoru autorskiego zgodnie z zapisami umowy. Było to kluczowe dla możliwości realizacji robót budowlanych, albowiem warunkowało prawidłową i terminową realizację inwestycji. Generalny Wykonawca tj. SKANSKA S.A. na etapie realizacji robót ujawnił wady projektu wykonawczego o krytycznym znaczeniu nie tylko dla możliwości kontynuowania budowy, ale przede wszystkim dla prawidłowości i stabilności konstrukcji obiektu oraz bezpieczeństwa jego przyszłych użytkowników. Mimo wielokrotnych wezwań kierowanych w trybie nadzoru autorskiego powyższe nie uległo zmianie, co w konsekwencji pozbawiło Generalnego Wykonawcę tj. SKANSKA S.A. możliwości realizacji inwestycji.

Wykonawca jako dowód świadczący o udzielaniu odpowiedzi w ramach nadzoru autorskiego udostępnił zamawiającemu plik na serwerach ftp — stanowiący załącznik nr 26. Są to odpowiedzi na pytania dotyczące wątpliwości Generalnego Wykonawcy tj. SKANSKA S.A. na etapie realizacji inwestycji. Po analizie tych dokumentów zamawiający stwierdził, że często są one niepodpisane oraz nieopatrzone datą. Przy czym Generalny Wykonawca tj. SKANSKA S.A. w każdym z zadawanych pytań wskazuje konkretny termin wykonawcy na udzielenie odpowiedzi. Odpowiedzi wykonawcy wzbudzają u zamawiającego podejrzenie czy kiedykolwiek zostały udzielone i czy nie zostały przypadkiem stworzone na potrzeby postępowania w celu utwierdzenia swoich racji i stworzenia zachowania pozornego. Zamawiający po zapoznaniu się z materiałami, które są załączone na serwerze zaznacza, że wykonawca, wyjaśnienia i wątpliwości na pytania Generalnego Wykonawcy tj. SKANSKA S.A. traktuje wybiórczo przez co nie wywiązuje się należycie z obowiązków w zakresie usuwania wad dokumentacji projektowej w ramach sprawowania nadzoru autorskiego. Odpowiedzi na pytania Generalnego Wykonawcy tj. SKANSKA S.A. często nie są w ogóle udzielane albo następują po wskazanym terminie umownym wyznaczonym na usuwanie wad.

Nadmienił w tym miejscu, że przedmiotowa sprawa była już przedmiotem rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą (wyrok z dnia 14.08.2023 r. sygn. akt 2143/23) zaznaczenia wymaga, że Izba zajęła tożsame stanowisko w tej sprawie uznała zasadność wykluczenia Wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy na okoliczność odstąpienia przez SGGW od wskazanej powyżej umowy.

Wykonawca powołuje się w swych wyjaśnieniach na wyrok KIO z dnia 25 sierpnia 2023 r. sygn. akt KIO 2346/23, gdzie przedmiotem rozpatrywań była również umowa z ww. inwestorem. Jednakże wskazać należy, że wydany wyrok dotyczy odmiennego stanu faktycznego jak również z jego treści wynika, że Zamawiający (SIM Wrocław Sp. z o.o.) w ogóle nie wykazał przesłanek zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy w tym przede wszystkim nie wykazał przesłanki zgodnie, z którą odstąpienie od umowy musi wynikać z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Wobec powyższego zamawiający uważa, że powoływanie się przez wykonawcę na ww. wyrok jest chybione ponieważ o uwzględnieniu zarzutów stanowiących przedmiot odwołania zadecydował fakt, iż SIM Wrocław Sp. z o.o. niedostatecznie wykazał zaistnienie wszystkich okoliczności opisanych w art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy, a nie fakt, iż Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż rzeczywiście i obiektywnie w stosunku do Wykonawcy nie zachodzą przesłanki wykluczenia.

Mając na uwadze powyższe zamawiający stoi na stanowisku, że wobec ziszczenia się przesłanek wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy — zarówno wykonawca jak i podmiot trzeci podlegają wykluczeniu z postępowania. Umowa dotycząca opracowania dok. Projektowo-kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSIR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie w ramach zad. Inwestycyjnego pn. Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1 — Etap I”.

Stanowisko wykonawcy

Wykonawca w treści złożonego oświadczenia wskazał, że:

W toku prac projektowych wystąpiła konieczność wykonania szeregu prac dodatkowych wynikających z bieżących oczekiwań zamawiającego oraz błędów koncepcji stanowiącej załącznik do SWZ, polegających na niezgodności zamierzenia budowlanego z miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego. Powyższe spowodowało wydłużenie w czasie realizacji umowy. Zamawiający co do zasady zgadzał się z wykonawcą, że wystąpiła konieczność wystąpienia robót dodatkowych, które miały wpływ m. in. na terminy umowne, niemniej jednak odraczał w czasie moment zawarcia aneksu z uwagi na wartość tych robót dodatkowych. W trakcie negocjacji dotyczących aneksu, zamawiający zmienił swoje stanowisko wskazując, że wykonawca nie wykazał zasadności zawarcia aneksu do umowy. Ponadto, zamawiający, mimo że polecał wykonawcy prowadzenie prac odbiegających od OPZ, w trakcie procedury odbiorowej zgłaszał uwagi dotyczące niezgodności prac projektowych z OPZ. Ostatecznie, zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z rzekomej winy wykonawcy, niemniej jednak oświadczenie to było nieskuteczne. Przedmiotowe oświadczenie zostało bowiem złożone po upływie określonego w umowie 14 dniowego terminu na złożenie takiego oświadczenia liczonego od upływu terminu realizacji umowy. Niezależnie od powyższego, odstąpienie było nieskuteczne również z uwagi na fakt, że zachowanie terminu umownego nie było możliwe z uwagi na konieczność wykonania szeregu prac dodatkowych i zamiennych. Ponadto, na dzień złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, dokumentacja projektowa była już wykonana w całości i wykonawca oczekiwał na wydanie pozwolenia na budowę. Zamawiający przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy odwołał pełnomocnictwa dla wykonawcy, czym uniemożliwił wykonawcy udział w postępowaniu o wydanie decyzji w przedmiocie pozwolenia na budowę. Zamawiający po złożonym odstąpieniu od umowy kilkakrotnie odmówił przyjęcia dokumentacji projektowej, mimo, że wykonawca podejmował próby jej wydania w siedzibie zamawiającego. Z uwagi na powyższe, wykonawca zakwestionował skuteczność i zasadność odstąpienia od umowy”

Załączniki nr 27 - Wezwanie do współdziałania

Załączniki nr 28 - Odstąpienie od umowy

W załączniku nr 27 wykonawca dołączył pisma lub nadmieniał o pismach, które przysyłał do OSiR:

1)Z dn. 22.03.2023 r. odpowiedź na pismo OSiR, w którym Wykonawca odnosi się do zarzutów OSiR do przekazanej dokumentacji.

2)Z dn. 23.03.2023 r. odpowiedź na pismo OSiR, w którym Wykonawca wyjaśnia uwagi OSiR do przedłożonej Karty Informacyjnej Przedsięwzięcia”. Wykonawca sygnalizuje OSiR, że powodem opóźnień jest niewłaściwie opracowana przez OSiR inwentaryzacja zieleni i domaga się aneksu wydłużającego termin realizacji, jak również propozycję odpłatnego wykonania inwentaryzacji zieleni. Wykonawca uważa, że „brak kompletnej inwentaryzacji zieleni, uniemożliwia wykonawcy spełnienia szeregu innych wymagań zawartych w łączącej strony Umowie, za które odpowiedzialności nie ponosi Wykonawca”. Inwentaryzacja zieleni według wytycznych Urzędu Miasta Dzielnicy Żoliborz jest konieczna do wydania decyzji środowiskowych dla tej inwestycji.

3)Z dn. 03.04.2023 r. wykonawca wzywa OSiR do odebrania dokumentacji projektowej, która według wykonawcy jest kompletna. OSiR odmawia odbioru pracy i zapłaty za wykonany etap prac z powodu wad w dokumentacji. Dodatkowo wykonawca grozi, że zmuszony będzie rozważyć odstąpienie od umowy z winy OSiR oraz podejmie stosowne kroki prawne celem uzyskania należnego wynagrodzenia. W piśmie tym, wykonawca odnosi się do problemów z przyłączem STOEN w zakresie Hali Skate i brakiem wg koncepcji OSiR spełniania przepisów przeciwpożarowych i BHP. Wykonawca powołuje się na uzgodnienia w zakresie robót dodatkowych, które wykonał, jednak OSiR zrezygnował z tych prac i zażądał powrotu do pierwotnych założeń. Wykonawca uznał, że żądanie przez OSiR powrotu do pierwotnych założeń koncepcji jest w tych okolicznościach wadliwe i oświadczył, że wstrzymuje dalsze prace do czasu rozliczenia przez OSiR dotychczas wykonanych prac oraz uzgodnienia zasad odpłatności za ponowne prace projektowe i terminu realizacji tych prac - elementy te stanowią dodatkowo przeszkodę uniemożliwiającą kontynuację prac.

4)Z dn. 25.04.2023 r. uwagi wykonawcy do pisma OSiR z dn. 06.04.2023 r. Wykonawca stwierdził, że wszystkie zgłoszone przez OSiR zastrzeżenia do projektu zostały usunięte, a pomimo to, OSiR prowadzi procedurę odbiorową niezgodnie z postanowieniami umowy, w szczególności poprzez zgłaszanie niezasadnych i nieprecyzyjnych uwag. Działanie OSiR jest działaniem w złej wierze zmierzającym do odroczenia w czasie obowiązku zapłaty, jak też działaniem zmierzającym do ukrycia błędów dokumentacji przetargowej OSiR poprzez wywołanie narracji o istotnych wadach dokumentacji projektowej utworzonej przez wykonawcę. Wykonawca odnosi się również do wniosku o pozwolenie na budowę, złożenie ww. wniosku mimo jego niekompletności miało w rzeczywistości na celu przyspieszenie procedury administracyjnej. Urząd Miasta odstąpił od rozpatrywania wniosku o pozwolenie na budowę z uwagi na braki w dokumentacji. Obecnie wykonawca złożył wniosek o przywrócenie terminu do uzupełnienia braków wniosku o pozwolenie na budowę. Wykonawca zwraca się również do OSiR o zapłatę za prace dodatkowe (które zrobił „za wiedzą OSiR”). Wykonawca ponownie wzywa zamawiającego do dostarczenia prawidłowej inwentaryzacji zieleni,

wskazując jednocześnie, że wady aktualnie dostępnej inwentaryzacji stanowią przeszkodę do ukończenia umowy.

5)Z dn. 31.03.2023 r. do Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy Wydział Architektury i Budownictwa dla dzielnicy Żoliborz — wniosek o wznowienie terminu (dotyczy rozpatrzenia wniosku o pozwolenie na budowę) z uzasadnieniem, że wykonawca miał brak możliwości zapoznania się z wezwaniem do uzupełnienia wniosku oraz jego uzupełnienia. W piśmie wykonawca przedstawił odpowiedzi na cztery punkty z wezwania Urzędu dzielnicy Żoliborz dotyczącego błędów we wniosku na pozwolenie na budowę. W piśmie nie dołączył uwag Urzędu natomiast dołączył następujące odpowiedzi:
Odpowiedź na punkt nr 1..

Przedłożono korektę Wniosku w którym wskazana na następujące elementy zgodne z tytułem opracowania: „Budowa, przebudowa oraz rozbiora obiektów budowlanych na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji Żoliborz w Warszawie”

Budowa - budowa nowych obiektów m.in.: hala sportowa, budynek szatniowy Rozbiórkarozbiórka obiektów wskazanych na PZT m in.; trybuny, budynki gospodarcze Przebudowaprzebudowa budynków istniejących - budynek szatniowy, trybuny zadaszone W związku z powyższym wszystkie te elementy są zgodne z założeniem całego projektu Odpowiedź na punkt nr 2 .

W odpowiedzi na ww. zapytanie informuję, iż OSiR m.st. Warszawy dla dzielnicy Żoliborz jest jednostką samorządu terytorialnego miasta Warszawy.

Odpowiedź na punkt nr 3..

Uwaga niezasadna, gdyż nie jest to uwaga formalna do wniosku a jest to uwaga do dokumentacji. Zgodnie z Wnioskiem (PA-BI) punkt 8 Odpowiedź na punkt nr 4 .

Dołączono oświadczenie o braku możliwości podłączenia planowanych obiektów do miejskiej sieci ciepłowniczej, wraz z kopiami warunków przyłączeniowych (odmowa gestora).

Wykonawca obarczył winą Poczta Polską za niedostarczenie wezwania i brak awizo, przez co nie mógł zapoznać się z informacją o odstąpieniu Urzędu od rozpatrywania wniosku o pozwolenie na budowę z uwagi na upływ terminu na wniesienie odpowiedzi wykonawcy do przesłanych uwag. Wykonawca złożył reklamację Poczcie Polskiej i w odpowiedzi od Poczty na reklamację uzyskał informację, że „Poczta Polska S.A. udziela informacji w zakresie świadczenia usług pocztowych jedynie osobą które zawarły z operatorem pocztowym umowę o świadczenie usługi pocztowej. Z przesłanej skargi nie wynika że była Pan w oparciu o art 3 pkt. 10 ustawy z dnia 23 listopada 2012 roku Prawo pocztowe (tekst jednolity:Dz.u.2020r.,poz 1041) podmiotem, który zawarł z operatorem pocztowym umowę o świadczenie usługi pocztowej. Udzielenie osobom trzecim informacji dotyczących zawartych usług jest dozwolone wyłącznie w przypadkach określonych przez odrębne przepisy, jednakże nie kwalifikują one Pana do uzyskania wyjaśnień w przedmiotowym zakresie. Powyższe wynika z przepisu art. 41 rzeczony ustawy, który nakłada na Poczta Polska S.A. obowiązek zachowania tajemnicy pocztowej obejmującej m.in. dane dotyczące faktu i okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług, do przestrzegania której ustawodawca obowiązuje operatorów pocztowych w tym Poczta Polska S.A. ”

6)Z dn. 26.04.2023 r. pismo dotyczące przykładowych błędów w koncepcji przetargowej OSiRu. Wykonawca naprawiłby wskazane błędy, gdyby OSiR udostępnił dokumentację autora opracowań inwentaryzacji zieleni będącej w posiadaniu OSiR.

7)Z dn. 27.04.2023 r. pismo Wykonawcy do OSiR przedstawiające wycenę dodatkowych prac projektowych wraz z wnioskiem o wydłużenie terminu wykonania Umowy o jeden miesiąc kalendarzowy. Wykonawca wezwał OSiR do niezwłocznego podjęcia decyzji w przedmiotowym zakresie.

8)Z dn. 12.05.2023 r. pismo OSiR do BBC odstąpienie o umowy.

Ww. pismo jest jedynym załącznikiem do oferty wykonawcy (załącznik nr 28), które jest napisane przez OSiR i zaadresowane do wykonawcy.

W uzasadnieniu odstąpienia od umowy OSiR napisał:

Umowa nr OS/ZO/20/2022/T pomiędzy Zamawiającym, a Wykonawcą została zawarta w dniu 10 października 2022 r.

Przedmiotem Umowy na podstawie par 1 ust. 1 i 2 Umowy, jest opracowanie dok. projektowo kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSiR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie w ramach zad. inwestycyjnego pn. „Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1 ” - Etap I. W ramach przedmiotu umowy, wykonawca zobowiązany jest do:

1)wykonania mapy do celów projektowych,

2)wykonania dokumentacji projektowej zagospodarowania działki lub terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego - wraz z opiniami, uzgodnieniami, pozwoleniami i innymi dokumentami koniecznymi do uzyskania pozwolenia na budowę, uzyskanie warunków technicznych i wykonanie projektów przyłączy. W skład dokumentacji wchodzi wszystkie wymagane projekty, uzgodnienia, inne opracowania i dokumenty niezbędne do uzyskania stosownych pozwoleń i uzgodnień budowlanych, uzgodnienia z gestorami sieci (jeśli będą wymagane), uzgodnienia ZUD (jeśli będą wymagane), uzgodnienia z rzeczoznawcami w niezbędnym zakresie, informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, jak

również inne opracowania projektowe niezbędne do przeprowadzenia inwestycji.

3) wykonania kompletnego projektu technicznego (w tym projektu wycinki drzew i nasadzeń zastępczych) dla wszystkich niezbędnych branż oraz uzyskania uzgodnień projektów branżowych z gestorami rozbudowywanych sieci, decyzji pozwolenia na budowę i pozwolenia na rozbiórkę uwzględniających zgodę wojewódzkiego konserwatora zabytków

4) wykonania specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (sporządzone w układzie branżowym) - opracowania powinny zawierać zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót,

5) sporządzenia przedmiarów robót (sporządzone w układzie branżowym), z podziałem na poszczególne etapy realizacji inwestycji w zakresie uzgodnionym z Zamawiającym, które należy sporządzać na podstawie projektów budowlano-wykonawczych, w oparciu o całościowy zakres robót uzgodniony z zamawiającym oraz na podstawie specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych; przedmiary robót mają obejmować zestawienie planowanych robót w kolejności technologicznej ich wykonania, obliczenie i podanie ilości ustalonych jednostek przedmiarowych, wskazanie podstaw do ustalenia szczegółowego opisu robót lub szczegółowy opis robót obejmujący wyszczególnienie i opis czynności wchodzących w zakres robót,

6) sporządzenia kosztorysów inwestorskich realizacji całej inwestycji (sporządzone w układzie branżowym), oraz z podziałem na poszczególne etapy realizacji inwestycji w zakresie uzgodnionym z zamawiającym, sporządzone na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót,

7) wykonania Wzorcowego Opisu Dostępności oraz Listy Kontrolnej do standardów dostępności dla m. st. Warszawy.

Zgodnie zaś z par. 2 ust. 1 pkt 2 a) Umowy, wykonanie Dokumentacji projektowej, o której mowa w par. 1 ust. 2 pkt 1) 2) Umowy, miało nastąpić w ciągu 90 dni kalendarzowych od dnia podpisania Umowy, czyli do dnia 09 stycznia 2023 r., natomiast zgodnie z 5 2 ust. 1 pkt 2 b) Umowy, wykonanie Dokumentacji projektowej wraz z pozwoleniami, o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 3)-7) Umowy, miało nastąpić w ciągu 210 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, czyli do dnia 09 maja 2023 r.

Natomiast, jak stanowi par. 2 ust. 1 pkt 2 a) Umowy, za datę wykonania Przedmiotu umowy w zakresie par. 1 ust. 2 pkt 1)-7) uznaje się dzień złożenia w siedzibie zamawiającego dokumentacji będącej przedmiotem umowy, do której zamawiający, w toku czynności sprawdzających, o których mowa w par 7 ust. 2 i 3, w ciągu 14 dni od daty złożenia, nie wniesie uwag i zastrzeżeń. W dniu 10 stycznia 2023 r. wykonawca przekazał, po raz pierwszy, dokumentację projektową, względem której zamawiający na podstawie par 7 ust. 1 i 2 w zw. z ust. 4 i 7 umowy, dokonał czynności sprawdzających. Z uwagi na jej niekompletność i stwierdzone istotne wady, wymienione przez zamawiającego w piśmie z dnia 23 stycznia 2023 roku, nr sprawy OSZO.DN.2220.1.2023.AS. zamawiający odmówił jej odbioru do czasu ich usunięcia przez wykonawcę.

Wykonawca kilkakrotnie przekazywał Dokumentację projektową zamawiającemu, a zamawiający dokonywał czynności sprawdzających, ale każdorazowo dokumentacja projektowa zdawana przez wykonawcę była niekompletna i zawierała wady istotne, które zamawiający zgłaszał szczegółowo w następujących pismach:

1) nr sprawy OS-ZO.DN.2220.1.2023.AS (7) z dnia 28 lutego 2023 r.

2) nr sprawy OS ZO.DN.2220.1.2023.AS (8) z dnia 8 marca 2023 r.

3) nr sprawy OS-ZO.DN.2220.1.2023.AS (10) z dnia 20 marca 2023 r.

4) nr sprawy OS ZO.DN.2220.1.2023.AS (12) z dnia 30 marca 2023 r.

5) nr sprawy OS ZO.DN.2220.1.2023.AS (15) z dnia 6 kwietnia 2023 r.

6) nr sprawy OS ZO.DN.2220.1.2023.AS (16) z dnia 28 kwietnia 2023 r.

Nadto, dokumentacja projektowa, przekładana przez wykonawcę, była wadliwa pod względem prawnym - nie spełniała wymagań ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r, poz. 2351 ze zm.)(wymagań zawartych w § 4 Umowy nr OS/ZO/20/2022/T z dnia 10 października 2022 r. oraz aktów wykonawczych tj. Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego.

Wszystkie zgłaszane przez zamawiającego uwagi w ramach procedury odbiorowej były zasadne, formułowane precyzyjnie i rzeczowo, z przywołaniem obowiązujących przepisów prawa dla każdej z uwag i stanowiły podstawę uzasadniającą odmowę odbioru dokumentacji projektowej z uwagi na wady istotne dokumentacji.

Mimo powyższego, do dnia odstąpienia, czyli 12 maja 2023 r. zgłoszone przez zamawiającego ostatnim pismem z dnia 28 kwietnia 2023 r. nr sprawy OS-ZO.DN.2220.1.2023.AS (16) uwagi do przedłożonej przez Wykonawcę w dniu 14 kwietnia 2023 r. dokumentacji projektowej nie zostały poprawiane. Wykonawca nie poprawił dokumentacji projektowej i nie uzupełnił zgłoszonych przez zamawiającego braków w przypisanym w umowie terminie 7 dni roboczych (par. 7 ust. 7 Umowy).

Odnosnie dokumentacji projektowej wraz z pozwoleniami o której mowa w par 1 ust. 2 pkt 3)-7) umowy, wskazują że jej wykonanie przez wykonawcę miało nastąpić w ciągu 210 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, czyli do dnia 09

maja 2023 r. wykonawca nie dotrzymał tego terminu.

Wykonawca w dniu 09 stycznia 2023 r. złożył do Urzędu m.st. Warszawy Urzędu Dzielnicy Żoliborz Wydziału Architektury i Budownictwa dla Dzielnicy Żoliborz (zwanym dalej: „Urząd”) wniosek o wydanie decyzji o pozwolenie na budowę dla inwestycji polegającej na budowie, przebudowie oraz rozbiórce obiektów budowlanych na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji m.st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz. W dniu 23 stycznia 2023 r. Urząd wezwał wnioskodawcę do uzupełnienia szeregu braków formalnych, z uwagi na fakt, że dokumentacja projektowa składająca się na ww. wniosek złożona przez Wykonawcę była niekompletna, niepodpisana przez projektantów wykonawcy i została wykonana w sprzeczności z przepisami prawa budowlanego. Dokumentacja ta została złożona jedynie dla pozornego zachowania terminu wynikającego z umowy nr OS/ZO/20/2022/T z dnia 10 października 2022 r. Dokument ten nie zawierał żadnych wymaganych załączników w stanie zawierającym braki formalne, które nie pozwoliły nawet na wstępną ocenę merytoryczną wniosku w ramach procedury administracyjnej. Braki te mimo wezwania wykonawcy przez Urząd z dnia 23 stycznia 2023 r., wyznaczenia terminu do ich uzupełniania nie zostały uzupełnione przez wykonawcę w terminie, a korespondencja z Urzędem, nawet nie została odebrana przez Wykonawcę, mimo awizacji. Konsekwencją powyższego było poinformowanie przez Urząd pismem z dnia 14 marca 2023 r., znak: UD-XVIIIWAB.6740.1.2023.MMI, wykonawcę że jego wniosek o pozwolenie na budowę pozostawia bez rozpoznania (bezskuteczność podania), co oznacza że nie wywołało ono skutku prawnego wszczęcia postępowania, zatem postępowanie w jego przedmiocie nie jest prowadzone. W celu uzyskania pozwolenia na budowę, Urząd pouczył wykonawcę, aby złożył nowy wniosek, kompletny wniosek wraz z niezbędnymi załącznikami. Pismo to wykonawca otrzymał w dniu 22 marca 2023 r., następnie 23 marca 2023 r. wykonawca, zapoznał się w Urzędzie z wezwaniem z dnia 23 stycznia 2023 r. do uzupełnienia braków. 31 marca 2023 r. Wykonawca złożył w Urzędzie „wniosek o wezwanie”, które ze względu na treść Urząd zakwalifikował jako wniosek o przywrócenie terminu do usunięcia braków formalnych we wniosku wykonawcy z dnia 09 stycznia 2023 r. Do ww. wniosku wykonawca dołączył trzy egzemplarze projektu zagospodarowania terenu i architektoniczno-budowlanego. W dniu 26 kwietnia 2023 r. Urząd m.st. Warszawy Urząd Dzielnicy Żoliborz Wydział Architektury i Budownictwa dla Dzielnicy Żoliborz wydał Postanowienie nr 67/2023, znak: UD-XV111-WAB,6740.1.2023.MMI w którym stwierdził, że ww. wniosek wykonawcy z dnia 31 marca 2023 r. nie zawiera uzgodnień, w tym nie dołączono do niego decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach i zgody na realizację przedsięwzięcia, wymaganej z uwagi na fakt, że inwestycja kwalifikuje się do przedsięwzięć mogących potencjalnie oddziaływać na środowisko. Nadto, Urząd stwierdził ww. postanowieniu, że wykonawca złożył wniosek o przywrócenie terminu z dnia 31 marca 2023 r. z przekroczeniem terminu - 7 dni wynikającego z art. 58 § 2 k.p.a. Wykonawca zapoznał się z wezwaniem Urzędu do uzupełnienia braków w dniu 23 marca 2023 r., natomiast wniosek o przywrócenie terminu złożył do Organu 31 marca 2023 r., czyli z przekroczeniem 7 dni.

Równolegle, wykonawca od czasu złożenia wniosku o wydanie decyzji o pozwolenie na budowę w Urzędzie wielokrotnie składał w siedzibie zamawiającego poprawianą i uzupełnianą dokumentację projektową, a mimo to ani razu nie uzupełnił o nią projektu złożonego do pozwolenia na budowę w Urzędzie, nigdy też nie pofatygował się, aby skontaktować się z osobą prowadzącą sprawę w Wydziale Architektury i ustalić konieczne uzupełnienia oraz popełnione błędy w dokumentacji lub złożyć poprawiony projekt, mimo że od czasu jej złożenia tj. od dnia 09 stycznia 2023 r. do wydania pisma z dnia 15 marca 2023 r. przez Urząd m.st. Warszawy Urzędu Dzielnicy Żoliborz Wydziału Architektury i Budownictwa dla Dzielnicy Żoliborz, znak:UD-XVIIIWAB.6740.1.2023.MMI w przedmiocie pozostawienia bez rozpoznania wniosku wykonawcy z dnia 09 stycznia 2023 r. w sprawie wydania decyzji o pozwolenie na budowę bez rozpoznania z uwagi na nie uzupełnienie braków formalnych, minęło ponad 2 miesiące.

Przez ten cały okres wykonawca nawet się nie zainteresował co się dzieje z jego wnioskiem, nie podjął żadnej próby kontaktu z Urzędem, tylko biernie czekał. Złożony przez wykonawcę wniosek był od samego początku niekompletny, a zatem wykonawca musiał mieć świadomość konieczności jego uzupełnienia. Pierwotny wniosek o pozwolenie na budowę nie mógł bowiem doprowadzić do pozytywnego rozstrzygnięcia i wydania pozwolenia na budowę. Do dnia dzisiejszego, czyli dnia odstąpienia od umowy, wykonawca nie złożył do Urzędu prawidłowego wniosku o wydanie pozwolenia na budowę i w związku z tym nie toczy się żadne postępowanie w jego przedmiocie.

Powyższe potwierdza dobitnie, że wykonawca przez cały dotychczasowy okres trwania umowy miał i ma świadomość tego, że wykonana przez niego dokumentacja (dokumentacja projektowa o której mowa par. 1 ust. 2 pkt 1)-2) umowy oraz dokumentacja projektowa wraz z pozwoleniami par. 1 ust. 2 pkt 3)-7) umowy) w ramach realizowanej umowy nie została nigdy przez niego poprawiona w sposób prawidłowy i kompletny, który uzasadniałby jej odbiór zgodnie z treścią łączącej strony umowy.

Konsekwencją powyższego działania wykonawcy jest zwłoka wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy w zakresie wykonania dokumentacji projektowej i dokumentacji projektowej wraz z pozwoleniami oraz decyzja Urzędu w przedmiocie pozostawienia bez rozpoznania wniosku wykonawcy z dnia 09 stycznia 2023 r. w sprawie wydania decyzji o pozwolenie na budowę, która jest ostateczna. W tym miejscu wskazuję, że wniosek o pozwolenie na budowę jest

kluczowym dokumentem dla przedsięwzięcia inwestycyjnego będącego przedmiotem Umowy bez którego zamawiający nie będzie w stanie rozpocząć procesu realizacji robót budowlanych i to z winy wykonawcy z uwagi na jego nienależyte wykonywanie umowy.

Nadto, do wniosku wykonawcy z dnia 20 stycznia 2023 r. do Biura Ochrony Środowiska, (zwanym dalej: „BOŚ”) w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia polegającego na realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1 ” - Etap I, zostało zgłoszonych przez BOŚ pismem z dnia 13 marca 2023 r., znak: OŚ-IV-UII- 6220.9.2023.KBA 46 uwag, co ponownie świadczy o jakości dokumentacji wytworzonej przez wykonawcę. Zgodnie z wiedzą zamawiającego, nabytą podczas przeglądania akt w dniu 10 maja 2023 r. w BOŚ, uwag tych do dnia odstąpienia, czyli 12 maja 2023 r. wykonawca nie wyjaśnił i nie uzupełnił w przedłożonej przez siebie dokumentacji, a jedynie złożył wniosek o wydłużenie terminu na ich ewentualne wykonanie, o 45 dodatkowych dni względem terminów wyznaczonych przez BOŚ. Termin ten znacząco wykracza poza termin obowiązywania umowy łączącej strony.

Powyższe stanowi zwłokę wykonawcy w wykonaniu umowy. Dodatkowo, w wyniku przeprowadzonej przez zamawiającego weryfikacji w dniu 10 maja 2023 r. akt sprawy, należy stwierdzić, że pomimo przesunięcia przez BOŚ w dniu 10 marca 2023 r. terminu wydania decyzji do dnia 07 czerwca 2023 r. firma BBC Consulting nie złożyła wyjaśnień do wniosku o wymienione w korespondencji BOŚ z dnia 13 marca 2023 r. uzupełnienia, co uniemożliwia uzyskanie decyzji środowiskowej a w dalszej kolejności pozwolenia na budowę. Złożony wniosek nie zawiera również naniesienia na mapie budynków mających wpływ na ocenę spełnienia wymagań w zakresie powierzchni biologicznie czynnej (zielone ściany i dach).

Podkreślenia wymaga fakt, że wniosek w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia, wykonawca złożył dopiero 20 stycznia 2023 r., podczas gdy uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia jest kluczowe dla możliwości uzyskania pozwolenia na budowę.

Mając na uwadze powyższe, z uwagi na priorytetowy charakter realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1” - Etap I, finansowanego ze środków publicznych, z uwagi na zwłokę wykonawcy z wykonaniu umowy nr OS/ZO/20/2022/Tz dnia 10 października 2022 r., konsekwencją czego jest niedotrzymanie przez zamawiającego założonych terminów rozpoczęcia procesu realizacji robót budowlanych, odstąpienie o Umowy nr OS/ZO/20/2022/T z dnia 10 października 2022 r. z winy Wykonawcy jest zasadne zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym.

Wstępna analiza zamawiającego

Wstępna analiza ww. dokumentów pozwoliła zamawiającemu na stwierdzenie, że zadanie pn.

Opracowanie dok. projektowo - kosztorys. modernizacji kompleksu sportowego OSiR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w W-wie w ramach zad. inwestycyjnego pn. Modernizacja OSiR przy ul. Potockiej 1— Etap I realizowane było przez BBC Bes Building Consultants Sp. z o. o. Sp. K. na rzecz Ośrodek Sportu i Rekreacji m.st Warszawy w Dzielnicy Żoliborz na podstawie umowy OS/ZO/20/2022/T z dnia 10.10.2022 r. —od której zamawiający odstąpił w dniu 12.05.2023 r.

Odstąpienie od umowy przez inwestora mieści się zatem w okresie, o którym mowa w art. 111 pkt 4) ustawy tj. w okresie ostatnich 3 lat.

W ocenie zamawiającego przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie pozwalały jednak w sposób obiektywny ustalić, czy:

- Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności czy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyście wykonał zamówienie

- Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyście wykonał albo długotrwale nienależyście wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Przedstawione przez wykonawcę dokumenty przedstawiają w sposób wybiórczy ocenę stanu faktycznego jednej ze stron sporu tj. ocenę wykonawcy.

Z uwagi na powyższe, na mocy art. 128 ust. 5 ustawy zamawiający zwrócił się do Ośrodka Sportu i Rekreacji w Dzielnicy Żoliborz w Warszawie z wnioskiem o przedstawienie informacji w zakresie umowy nr OS/ZO/20/2022/T z dnia 10.10.2022 r. pn. Opracowanie dok. Projektowo-kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSIR Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie w ramach zad. Inwestycyjnego pn. Modernizacja Ośrodka Sportu i Rekreacji przy ul. Potockiej 1 — Etap I” realizowanej przez: BBC BEST BUILDING CONSULTANTS spółka z o.o. sp.k.

1.Daty odstąpienia od umowy (wraz z informacją o dacie doręczenia przedmiotowego odstąpienia Wykonawcy oraz przekazaniem dowodu doręczenia odstąpienia)a także informacją czy odstąpienie było skuteczne — wykonawca stoi na stanowisku, że oświadczenie o odstąpieniu zostało złożone po upływie określonego w umowie 14 dniowego terminu na

złożenie takiego oświadczenia liczonego od upływu terminu realizacji umowy.

2.Wskazania na jakim etapie znajduje się przedmiotowa sprawa (czy którakolwiek ze stron wniosła pozew do Sądu czy naliczono/ zapłacono kary umowne?)

3.Czy odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących całkowicie po stronie wykonawcy ?

4.Czy odstąpienie od umowy związane było z niewykonaniem/nienależytym wykonaniem czy długotrwałym nienależytym wykonywaniem umowy?

5.Czy odstąpienie od umowy dotyczyło niewykonania/ nienależytego wykonania/ długotrwale nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z umowy?

6.Czy odstąpienie od umowy dotyczyło niewykonania/ nienależytego wykonania umowy wynikającego z zamierzonego działania Wykonawcy lub rażącego niedbalstwa Wykonawcy?

7.Czy Inwestor zaakceptował roboty dodatkowe, o które wnioskował Wykonawca a jeżeli tak to w jakim zakresie?

Zamawiający poprosił również o udostępnienie:

- pisma z dnia 15.03.2023 r. wraz z potwierdzeniem doręczenia go Wykonawcy;
- umowy nr OS/ZO/20/2022/T z dnia 10.10.2022 r.;
- warunków gestora dotyczących przyłączenia się do sieci CO;
- pisma z dnia 23 stycznia 2023 r. - uwagi Inwestora;

Stanowisko inwestora

W dniu 20.12.2023 r. inwestor - Ośrodek Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz wysłał wiadomość przekazał zamawiającemu następujące dokumenty:

1. Pismo nr sprawy: OS-ZO.DN.2220.1.2023.AS {19}, będące odpowiedzią na pismo zamawiającego z dnia 12.12.2023r. wraz z załącznikami:

- Potwierdzenie wysłania odstąpienia od umowy,
- Umowa nr OS/ZO/20/2022/T z dnia 10 października 2022 r.
- Odstąpienia od umowy z dnia 12 maja 2023 r.
- Pismo z dnia 23 stycznia 2023 r.

Zgodnie z uzyskanymi z ww. dokumentów informacjami, inwestor w dniu 12 maja 2023 r. skutecznie odstąpił od umowy nr OS/ZO/20/2022/T z dnia 10 października 2022 r. (co zostało potwierdzone przez inwestora dowodem — wydrukiem wiadomości e-mail). Odstąpienie zostało wysłane w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (taki środek komunikacji był preferowany i praktykowany przez strony) przy czym wskazano, że zaniechanie przez wykonawcę wysłania potwierdzenia odczytania wiadomości e-mail przez wykonawcę, nie stanowi żadnej przeszkody dla skuteczności dokonanego odstąpienia- inwestor w swoim piśmie powołuje się na art.61 par 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360) kodeks cywilny, dalej: „k.c. ” „oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią”. Ww. przepis określa miarodajną chwilę złożenia oświadczenia woli, gdy strony komunikują się ze sobą za pomocą środków komunikacji elektronicznej "na odległość (niebezpośrednio i nierównocześnie). Przyjmuje się, że oświadczenie jest złożone w chwili, w której adresat powinien był sprawdzić swoją skrzynkę odbiorczą e-mail, włączyć telefon komórkowy itp., niezależnie od tego, czy to rzeczywiście uczynił (P. Machnikowski, w: E. Gniewek, P. Machnikowski, Komentarz KC, 2017, §. 143). Doktryna stoi na stanowisku, iż chwila, w której adresat mógł zapoznać się ze składanym oświadczeniem woli jest moment wprowadzenia tego oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej przez składającego.

Dodatkowo wskazał, że odstąpienie od umowy w tym samym dniu przesłane zostało przez Inwestora listem poleconym za potwierdzeniem odbioru. W ocenie inwestora wykonawca celowo z własnej woli nie podejmował jednak przesyłki pocztowej zawierającej oświadczenie o odstąpieniu od umowy, czekając do ostatniego dnia 14-dniowego okresu jej awizowania oraz, że było to celowe działanie, które służyło jedynie zyskaniu na czasie w przedmiocie ukończenia dzieła w postaci dokumentacji projektowej. Argumentacja ta wydaje się być uzasadniona biorąc pod uwagę, że wykonawca z pewnością zapoznał się z treścią odstąpienia od umowy przekazaną w postaci elektronicznej, tym samym celowo unikał odebrania odstąpienia w formie papierowej za pośrednictwem poczty tradycyjnej.

W tym miejscu wskazał na marginesie, że zamawiający w pełni popiera ww. argumentację inwestora a tym samym uznaje, że inwestor skutecznie odstąpił od umowy z wykonawcą w dniu 12.05.2023 r. Tym samym zamawiający odrzuca zarzut wykonawcy, że odstąpienie nastąpiło po upływie 14 dni liczonego od upływu terminu realizacji na jego złożenie (zgodnie z zawartą umową).

Inwestor poinformował również, że „Została naliczona kara umowna w wysokości 159 581,61 brutto, roszczenie będzie dochodzone na drodze sądowej lub potrącone w przypadku roszczenia wykonawcy o zapłatę”.

Na ten moment pomiędzy wykonawcą a inwestorem nie toczy się postępowanie sądowe.

Inwestor przekazał zamawiającemu swoje stanowisko zgodnie z którym odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn

leżących po stronie Wykonawcy, w związku z nienależytym wykonaniem umowy.

Z treści załączonego odstąpienia od umowy z dnia 12.05.2023 r. wynika, że:

- dokumentacja projektowa zdawana przez Wykonawcę: BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Spółka z o.o. Sp.k. by niekompletna i zawierała wady istotne.
 - była wadliwa pod względem prawnym — nie spełniała wymagań ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. prawo budowlane wymagań zawartych w S 4 Umowy nr OS/ZO/20/2022/T z dnia 10 października 2022 r. oraz aktów wykonawczych tj. Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego.
 - mimo licznych pism wysyłanych przez inwestora dokumentacja projektowa nie została poprawiona w sposób prawidłowy, który umożliwiłby jej odbiór zgodnie z treścią umowy.
 - nie zostało wydane pozwolenie na budowę, które jest kluczowe dla przedsięwzięcia inwestycyjnego będącego przedmiotem umowy,
 - z uwagi na nie uzupełnienie braków formalnych, do których wzywał BOŚ — wykonawca nie uzyskał decyzji o środowiskowych oddziaływaniach dla przedsięwzięcia,
 - wykonawca nie wywiązał się z terminów wykonania dokumentacji projektowej zgodnie z zapisami umowy
- Inwestor wskazał także, że nie akceptował żadnych robót dodatkowych a tym samym zdaje się, że opisane przez wykonawcę teorie na temat robót dodatkowych są chybione.

Stanowisko wykonawcy zawarte w dokumentach złożonych dobrowolnie przez wykonawcę jako samouzupełnienie w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. w dniu 09.02.2024 r.:

Wykonawca powielił treść wyjaśnienia przedstawioną wraz z ofertą a dodatkowo poinformował zamawiającego, że załączył opinie biegłego sądowego w zakresie nieprawidłowego przygotowania procedury przetargowej przez OSiR Żoliborz oraz powołał się w wyjaśnieniach na wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2023 r. sygn. akt KIO 3328/23, którego przedmiot sprawy był rozpatrywany na posiedzeniu niejawnym.

Wykonawca do tak przedstawionego uzasadnienia dołączył również:

Załączniki nr 24 — Wezwanie do współdziałania

Załączniki nr 25 — Odstąpienie od umowy

Załączniki nr 26 — Odpowiedź BBC na odstąpienie

Załączniki nr 27— Opinia Biegłego Sądowego.

Załączniki nr 28 — Odesłanie noty księgowej

Załączniki nr 29—Korespondencja pozostała BBC po odstąpieniu od Umowy

W porównaniu do wcześniej złożonych materiałów dowodowych Wykonawca dodatkowo przesłał:

-Odpowiedź BBC na odstąpienie z dnia 06.06.2023 r.

-Odesłanie noty księgowej

-Korespondencja pozostała BBC po odstąpieniu od Umowy

-opinia prywatnego biegłego sądowego z dnia 31.07.2023 r.

Stanowisko zamawiającego po weryfikacji informacji od wykonawcy i inwestora

Umowa z wykonawcą dotyczyła opracowania dok. Projektowo — kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSiR Żoliborz.

Wykonawca zgodnie z postanowieniami par 2 ust. 1 pkt 2a) zawartej w dniu 10 października 2022 r. umowy miał w obowiązku do dnia 09 stycznia 2023 r.

1)wykonać mapy do celów projektowych

2)wykonać dokumentację projektową zagospodarowania działki lub terenu oraz projektu architektoniczno-budowlanego — wraz z opiniami, uzgodnieniami, pozwoleniami i innymi dokumentami koniecznymi do uzyskania pozwolenia na budowę, uzyskanie warunków technicznych i wykonanie projektów przyłączy. W skład dokumentacji wchodzi wszystkie wymagane projekty, uzgodnienia, inne opracowania i dokumenty niezbędne do uzyskania stosownych pozwoleń i uzgodnień budowlanych, uzgodnienia z gestorami sieci (jeśli będą wymagane), uzgodnienia ZUD (jeśli będą wymagane), uzgodnienia z rzeczoznawcami w niezbędnym zakresie, informacja dotycząca bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, jak również inne opracowania projektowe niezbędne do przeprowadzenia inwestycji.

Zgodnie natomiast z postanowieniami par. 2 ust. 1 pkt 2b) umowy do dnia 09 maja 2023 r. zobowiązany był:

3)wykonać kompletny projekt techniczny (w tym projekt wycinki drzew i nasadzeń zastępczych) dla wszystkich niezbędnych branż oraz uzyskania uzgodnień projektów branżowych z gestorami rozbudowywanych sieci, decyzji pozwolenia na budowę i pozwolenia na rozbiórkę uwzględniających zgodę wojewódzkiego konserwatora zabytków

4)wykonać specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (sporządzone w układzie branżowym) - opracowania powinny zawierać zbiory wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót, w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości

wykonania poszczególnych robót.

5) sporządzić przedmiary robót - (w układzie branżowym), z podziałem na poszczególne etapy realizacji inwestycji w zakresie uzgodnionym z zamawiającym, które należy sporządzać na podstawie projektów budowlano-wykonawczych, w oparciu o całościowy zakres robót uzgodniony z zamawiającym oraz na podstawie specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych; przedmiary robót mają obejmować zestawienie planowanych robót w kolejności technologicznej ich wykonania, obliczenie i podanie ilości ustalonych jednostek przedmiarowych, wskazanie podstaw do ustalenia szczegółowego opisu robót lub szczegółowy opis robót obejmujący wyszczególnienie i opis czynności wchodzących w zakres robót,

6) sporządzić kosztorysy inwestorskie realizacji całej inwestycji (sporządzone w układzie branżowym), oraz z podziałem na poszczególne etapy realizacji inwestycji w zakresie uzgodnionym z zamawiającym, sporządzone na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

7) wykonać Wzorcowy Opis Dostępności oraz Listy Kontrolnej do standardów dostępności dla m. st. Warszawy

Odstąpienie od umowy nastąpiło w dniu 12.05.2023 r. z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, w związku z nienależytym wykonaniem umowy tj.

- dokumentacja projektowa była niekompletna i zawierała wady istotne.

- dokumentacja była wadliwa pod względem prawnym — nie spełniała wymagań ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. prawo budowlane wymagań zawartych w S 4 Umowy nr OS/ZO/20/2022/T z dnia 10 października 2022 r. oraz aktów wykonawczych tj. Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego.

- mimo licznych pism wysyłanych przez inwestora dokumentacja projektowa nie została poprawiona w sposób prawidłowy, który umożliwiłby jej odbiór zgodnie z treścią umowy.

- nie zostało wydane pozwolenie na budowę, które jest kluczowe dla przedsięwzięcia inwestycyjnego będącego przedmiotem umowy,

- z uwagi na nie uzupełnienie braków formalnych, do których wzywał BOŚ — wykonawca nie uzyskał decyzji o środowiskowych oddziaływaniach dla przedsięwzięcia,

- wykonawca nie wywiązał się z terminów wykonania dokumentacji projektowej zgodnie z zapisami umowy

Inwestor naliczył na wykonawcę karę umowną w wysokości 159 581,61 brutto a roszczenie o jej zapłatę będzie dochodzone na drodze sądowej lub potrącone w przypadku roszczenia wykonawcy o zapłatę.

Na ten moment pomiędzy wykonawcą a inwestorem nie toczy się postępowanie sądowe.

par 2 ust. 1 pkt 2 a) zawartej pomiędzy stronami umowy stanowił, że:

„Za datę wykonania przedmiotu umowy w zakresie par 1 ust. 2 pkt 1)-7) uznaje się dzień złożenia w siedzibie zamawiającego dokumentacji będącej przedmiotem umowy, do której zamawiający, w toku czynności sprawdzających, o których mowa w S 7 ust. 2 i 3, w ciągu 14 dni od daty złożenia, nie wniesie uwag i zastrzeżeń”.

W par. 7 umowy zawarto natomiast szczegółowe wytyczne dotyczące odbioru przedmiotu umowy przy czym w ust. 9 ww. paragrafu wskazano, że:

„Protokół częściowy za wykonanie projektu technicznego zostanie podpisany po odbiorze dokumentacji oraz uzyskaniu przez wykonawcę decyzji pozwolenia na budowę”.

Podkreślenia wymaga również fakt, iż w par. 6 znajduje się postanowienie, że:

Rozliczenie wynagrodzenia za Przedmiot Umowy nastąpi w następujący sposób:

1) za wykonanie Dokumentacji o której mowa w § 1 ust. 2 pkt 1)-2) — fakturą częściową za wykonaną dokumentację, wystawionymi na podstawie protokołu odbioru podpisanego przez przedstawiciela Zamawiającego po przekazaniu opracowania, zgodnie z zasadami określonymi w

Zamawiający nie odebrał dokumentacji projektowej jak również nie zapłacił wynagrodzenia umownego.

W dniu 10 stycznia 2023 r. tj. po upływie pierwotnego terminu określonego w par 2 ust. 1 pkt 2a) umowy wykonawca dopiero po raz pierwszy, przekazał Inwestorowi dokumentację projektową, względem której zamawiający dokonał czynności sprawdzających. Z uwagi na jej niekompletność i stwierdzone istotne wady, inwestor odmówił jej odbioru do czasu ich usunięcia przez Wykonawcę.

Wykonawca kilkakrotnie przekazywał poprawioną dokumentację projektową zamawiającemu, zamawiający dokonywał czynności sprawdzających, ale każdorazowo dokumentacja projektowa zdawana przez wykonawcę była niekompletna i zawierała wady istotne.

Zgodnie z twierdzeniem Inwestora dokumentacja projektowa, przekładana przez wykonawcę, była wadliwa pod względem prawnym - nie spełniała wymagań ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.), wymagań zawartych w S 4 Umowy nr OS/ZO/20/2022/T z dnia 10 października 2022 r. oraz aktów wykonawczych tj. Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego.

Powyższą wadliwość potwierdza dodatkowo oprócz Inwestora również Wydział Architektury i Budownictwa Urzędu Dzielnicy Żoliborz. Nadmienić bowiem należy, że wykonawca w dniu 09 stycznia 2023 r. złożył do ww. Urzędu wniosek o wydanie decyzji o pozwolenie na budowę. Urząd wezwał jednak Wykonawcę do uzupełnienia szeregu braków formalnych, z uwagi na fakt, że dokumentacja projektowa składająca się na ww. wniosek złożona przez Wykonawcę była niekompletna, niepodpisana przez projektantów wykonawcy i została wykonana w sprzeczności z przepisami prawa budowlanego. Wadliwość dokumentacji została zatem potwierdzona przez dwa podmioty — inwestora oraz podmiot wydający decyzję o pozwolenie na budowę.

W ocenie inwestora ponadto, dokumentacja ta została przez wykonawcę złożona w UD Żoliborz jedynie dla pozornego zachowania terminu wynikającego z umowy. Dokument ten nie zawierał żadnych wymaganych załączników oraz w stanie zawierającym braki formalne, które nie pozwoliły nawet na wstępną ocenę merytoryczną wniosku w ramach procedury administracyjnej.

Zamawiający podziela w tym miejscu pogląd inwestora i stoi na stanowisku, że zachowanie wykonawcy jest przejawem rażącego niedbalstwa do którego wykonawca sam zresztą przyznaje się w piśmie z dnia 25 kwietnia 2023 r. tj.:

Wykonawca zaprzecza przy tym aby złożenie wniosku o pozwolenie na budowę było działaniem pozornym. Złożenie ww. wniosku mimo jego niekompletności miało w rzeczywistości na celu przyspieszenie procedury administracyjnej” .

To stwierdzenie wykonawcy pokazuje, że wykonawca miał świadomość braków lecz z premedytacją złożył wniosek o pozwolenie na budowę niekompletny, żeby zachować termin umowy a to świadczy o jego pozornych działaniach oraz umyślnym i zawinionym naruszeniu obowiązków zawodowych.

W tym miejscu przywołać należy obowiązki wynikające z art. 20 ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo Budowlane:

„Art. 20. [Obowiązki projektanta; wyłączenia; oświadczenie o sporządzeniu projektu]

1. Do podstawowych obowiązków projektanta należy:

1)opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z wymaganiami ustawy, ustaleniami określonymi w decyzjach administracyjnych dotyczących zamierzenia budowlanego, obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej;

la) zapewnienie, w razie potrzeby, udziału w opracowaniu projektu budowlanego osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności;

2)uzyskanie wymaganych opinii, uzgodnień i sprawdzeń rozwiązań projektowych w zakresie wynikającym z przepisów;

2. Projektant zapewnia sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego oraz technicznego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności

I tak w ocenie zamawiającego postępowanie wykonawcy w korelacji z ww. przepisami ustawy Prawo Budowlane wskazuje jednoznacznie, że wykonawca z własnej winy uchybił ustawowym obowiązkom zawodowym ponieważ, złożona przez niego wraz z wnioskiem o pozwolenie na budowę dokumentacja projektowa była niekompletna (brakowało nawet mapy do celów projektowych stanowiącej punkt wyjścia do dalszych prac projektowych, a PZT zostało wykonane na nieaktualnej mapie). Dodatkowo brak zaopatrzenia ww. dokumentacji w podpisy projektantów stanowi przejaw rażącego niedbalstwa ze strony wykonawcy.

Kolejnym szokującym i niezgodnym z postanowieniami par.3 ust. 1 pkt 14) umowy działaniem wykonawcy w świetle złożenia wniosku o pozwolenie na budowę (9 stycznia 2023 r.) było złożenie wniosku w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia dopiero w dniu 20 stycznia 2023 r. — tj. po 11 dniach od złożenia wniosku pozwolenia na budowę. Tymczasem decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia powinna być „uzyskana” przez wykonawcę przed złożeniem wniosku o pozwolenie na budowę (powinna być ona załącznikiem do wniosku o pozwolenie na budowę). Złożenie zatem wniosku w celu uzyskania takiej decyzji po fakcie złożenia wniosku o pozwolenie na budowę jest przejawem naganego działania oraz łamaniem wszelkich zasad wykonywania obowiązków zawodowych. Poza brakiem zachowania koniecznej kolejności dla należytego wykonania umowy w tym zakresie, wniosek został złożony z przekroczeniem terminu o którym mowa par. 2 ust. 1 pkt 2a) umowy. Wykonawca do dnia 09 stycznia 2023 r. powinien bowiem złożyć zamawiającemu kompletną dokumentację projektową zaopatrzoną w niezbędne uzgodnienia, zatwierdzenia, opinie i pozwolenia niezbędne do uzyskania pozwolenia na budowę oraz pozwolenia na rozbiórkę (o czym stanowi par. 3 ust. 1 pkt 14 umowy) — tymczasem dopiero 20 stycznia wykonawca złożył wniosek w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia. Zamawiający nie wie czy wykonawca jest na tyle nierzetelny i nieświadomy, że ta decyzja jest konieczna do uzyskania pozwolenia na budowę czy zrobił to z premedytacją, ale oba powody dyskwalifikują wykonawcę jako gwaranta rzetelnego wykonania opracowania dokumentacji projektowej.

Na marginesie zamawiający wskazał należy, że sam wniosek dot. uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przedsięwzięcia był złożony w sposób rażąco niedbały a potwierdzeniem tej niedbałości jest fakt, że Biuro Ochrony Środowiska m.st. Warszawy pismem z dnia 13 marca 2023 zgłosiło 46 uwag do złożonego wniosku.

Pomimo jednak zgłoszonych uwag do wniosku, wykonawca nigdy tych uwag nie wyjaśnił ani nie uzupełnił, a jedynie złożył wniosek o wydłużenie terminu na ewentualne wykonanie stosownej poprawy o 45 dni względem terminu wyznaczonego przez BOŚ na dokonanie poprawek i uzupełnień - co w sposób krytyczny wykracza poza termin wyznaczony przez inwestora a dodatkowo świadczy o absolutnym zawinieniu wykonawcy, jego rażącej nierzetelności jak również o naruszeniu jego obowiązków zawodowych — co absolutnie podważa jego uczciwości.

W tym miejscu, zamawiający nadmieniał, że wykonawca przerzuca odpowiedzialność za swoje uchybienia względem obowiązków umownych na inwestora twierdząc, że powodem jego opóźnień jest niewłaściwie opracowana przez inwestora inwentaryzacja zieleni (wykonawca domagał się aneksu wydłużającego termin realizacji w tym zakresie jak również proponował odpłatne wykonanie inwentaryzacji zieleni).

Tymczasem, to wykonawca w obowiązkach (opis przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik nr 1 do umowy) miał wskazane że:

„Szczegółowy zakres dokumentacji projektowej:

Zieleń

- analiza istniejącej inwentaryzacji zieleni oraz uzgodnienie z zamawiającym niezbędnych zmian/ przygotowanie opisu niezbędnych prac przygotowawczych
- uzgodnienie projektu wycinek i nasadzeń z zamawiającym”

z treści par. 3 ust. 1 pkt 3) umowy wynika natomiast, że:

„do obowiązków wykonawcy należy wykonanie stosownie do potrzeb inwentaryzacji, ocen technicznych i ekspertyz niezbędnych do sporządzenia dokumentacji .

Tym samym zamawiający nie zgadza się z podaną przez wykonawcę argumentacją, że to inwestor ponosi winę za opóźnienia wykonawcy, ponieważ to wykonawca odpowiadał za analizę inwentaryzacji zieleni oraz uzgodnienie z zamawiającym jej zmian jak również za wykonanie wszelkich inwentaryzacji w ramach tej umowy niezbędnych do sporządzenia dokumentacji.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że również wobec bierności wykonawcy w zakresie uzupełniania dokumentacji projektowej (celem uzyskania pozwolenia na budowę) wniosek wykonawcy o pozwolenie na budowę został pozostawiony przez Urząd Dzielnicy Żoliborz bez rozpoznania, co oznacza że nie wywołał on skutku prawnego wszczęcia postępowania, zatem postępowanie w jego przedmiocie nie jest prowadzone.

Dla zamawiającego bez znaczenia jest tłumaczenie wykonawcy, że z winy operatora pocztowego Poczty Polskiej wykonawca nie otrzymał od Wydziału Architektury dla Dzielnicy Żoliborz postanowienia o niekompletnej dokumentacji projektowej. Zamawiający stoi na stanowisku, że wykonawca jest profesjonalistą i powinien być świadomy, że skoro złożył wniosek o pozwolenie na budowę niekompletny wraz z niekompletną dokumentacją projektową to naturalną kolejną rzeczą będzie, że organ wydający owe pozwolenie będzie zzywał wykonawcę do uzupełnienia braków w tym zakresie. Tym samym, zamawiający w pełni podziela stanowisko Inwestora opisane w odstąpieniu od umowy, że wykonawca działając z należytą starannością i dbałością o należyte wykonanie umowy powinien monitorować złożony wniosek — czego nie uczynił - nie podjął bowiem żadnej próby kontaktu z Urzędem, tylko biernie czekał.

Zamawiający ma również takie spostrzeżenia, że wielokrotnie w opisywanych sprawach wykonawca przedstawia siebie jako poszkodowanego wobec inwestorów lub instytucji, którzy w sposób nieskuteczny przesyłają lub doręczają mu różnego typu pisma, tymczasem biorąc pod uwagę całokształt spraw i spornych kontraktów Zamawiający poczytuje ten brak świadomości wykonawcy, a wynikający z rzekomego braku otrzymania stosownych pism jako metodę działania obronnego wykonawcy w sytuacjach krytycznych i zawinionych przez niego. Wykonawca bowiem nie odbiera stosownych korespondencji (czasem w drodze e-mail, czasem przez pocztę, a czasem nawet nie odbiera jej wtedy gdy uprawnionemu reprezentantowi wykonawcy inwestor próbował wręczyć pismo osobiście). Trudno jest zatem uwierzyć zamawiającemu, że brak otrzymania z UD Żoliborz pisma w zakresie niekompletnego wniosku dot. uzyskania pozwolenia na budowę było niezawinione przez wykonawcę. Złożenie w ocenie zamawiającego pozoranej reklamacji u operatora pocztowego jest jedynie próbą wybielenia się przed zamawiającym — lecz niczemu nie dowodzi.

Podkreślenia wymaga również fakt, że zgodnie z informacją przekazaną przez inwestora, do dnia odstąpienia od umowy tj. do 12 maja 2023 r., wykonawca nie złożył do Urzędu prawidłowego wniosku o wydanie pozwolenia na budowę i w związku z tym nie toczy się żadne postępowanie w jego przedmiocie.

Powyższe potwierdza dobitnie, że wykonawca przez cały okres trwania umowy miał świadomość tego, że wykonana przez niego dokumentacja (dokumentacja projektowa o której mowa par. 1 ust. 2 pkt 1)-2) umowy oraz dokumentacja projektowa wraz z pozwoleniami par 1 ust. 2 pkt 3)-7) umowy) nie została nigdy przez niego poprawiona w sposób prawidłowy i kompletny, który uzasadniałby jej odbiór zgodnie z treścią łączącej strony umowy, a to z kolei świadczy o fakcie, że wykonawca w wyniku rażącego niedbalstwa w sposób zawiniony przez siebie naruszył obowiązki zawodowe poprzez niewykonanie kluczowych obowiązków umownych, a to w ocenie zamawiającego w sposób krytyczny podważa jego uczciwość — co jest potwierdzeniem wypełnienia się wobec wykonawcy wszystkich ustawowych okoliczności

skutkujących wykluczeniem go z postępowania na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zamawiający stoi na stanowisku, że konsekwencją opisanego powyżej działania wykonawcy jest zwłoka Wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy w zakresie wykonania dokumentacji projektowej wraz z pozwoleniami oraz decyzja Urzędu w przedmiocie pozostawienia bez rozpoznania wniosku wykonawcy z dnia 09 stycznia 2023 r. w sprawie wydania decyzji o pozwolenie na budowę, która jest ostateczna. W tym miejscu zamawiający wskazał, że uzyskanie pozwolenia na budowę jest kluczową decyzją dla przedsięwzięcia inwestycyjnego będącego przedmiotem umowy bez którego zamawiający nie będzie w stanie rozpocząć procesu realizacji robót budowlanych i to z winy wykonawcy z uwagi na jego nienależyte wykonywanie umowy.

Dodatkowo zamawiający wskazał, że opisany stan faktyczny wskazuje w sposób jednoznaczny, że wobec wykonawcy zachodzi również przesłanka wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, z uwagi na fakt, iż z przyczyn leżących po stronie wykonawcy nie wykonał on należycie istotnego zobowiązania umownego, co doprowadziło w konsekwencji do odstąpienia od umowy oraz naliczenia kary umownej przez inwestora - co zostało dowiedzione powyżej.

Po odstąpieniu od umowy z wykonawcą inwestor nie zrezygnował z realizacji inwestycji- ogłosił kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie tożsamym z umową od której odstąpił z wykonawcą tj. na wykonanie dokumentacji projektowo — kosztorysowej modernizacji kompleksu sportowego OSIR Żoliborz .

Po przeanalizowaniu złożonego przez wykonawcę w dniu 09.02.2024 r. nowego materiału dowodowego zamawiający stoi na stanowisku, że przedstawione dokumenty nie mają wpływu na ocenę zamawiającego w zakresie zaistnienia przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 oraz podtrzymał swoje stanowisko w tej sprawie.

Ponadto zamawiający zaznaczył, że nie posiada szczegółowej wiedzy na temat wskazanego na późniejszym etapie tj. w dokumentach złożonych na etapie badania i oceny ofert wyroku KIO z dnia 5 grudnia 2023 r. sygn. akt KIO 3328/23 ponieważ sprawa była kierowana na posiedzenie niejawne i materiał dowodowy został ograniczony. Zatem zamawiający nie ma możliwości spojrzenia obiektywnie na sprawę i zapoznania się z całością materiału, który był przedmiotem sprawy i na który to powołuje się wykonawca w złożonych później wyjaśnieniach dotyczących spraw spornych.

Odesłanie noty księgowej zamawiającemu nie świadczy o fakcie, że od umowy odstąpiono z wykonawcą niezasadnie - czynność ta nie została zakwestionowana przez sąd. Skarga wykonawcy na działania zamawiającego do Zarządu Dzielnicy Żoliborz, także nie stanowi dowodu aby odstąpienie było dokonane niezasadnie. Z kolei opinia prywatnego biegłego sądowego, na którą powołuje się wykonawca jest opinią prywatną i nie stanowi dowodu zastępującego opinię biegłego sądowego wykonywaną na zlecenie sądu lub organu procesowego. Prywatne opinie nie są więc dowodem na okoliczności wymagające wiadomości specjalnych i należy dostrzec rozbieżności praktyki sądowej co do znaczenia procesowego tego rodzaju ekspertyz. Są one jedynie „wzmocnieniem” stanowiska procesowego stron i nie mają żadnego waloru dowodowego.

„Ze względu na powyższe nie jest możliwe zastąpienie dowodu z opinii biegłego jakimkolwiek innym dowodem, np. zeznaniami świadków czy dokumentami przedstawionymi przez strony (w szczególności opiniami prywatnymi, nawet jeśli zostały przygotowane przez specjalistów). W tym ostatnim przypadku będą one traktowane tak, jak stanowisko strony”. (I. Skubiszak-Kalinowska [w:] E. Wiktorowska, I. Skubiszak-Kalinowska, Prawo zamówień publicznych . Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2020, art. 190).

Zamawiający podkreślił również, że biegły wydający opinię na zlecenie strony, tzw. biegły prywatny w przeciwieństwie do biegłego powołanego przez organ administracji publicznej w trybie art. 84 par 1 k.p.a. i art. 197 par. 1 o.p., nie jest w pełni niezależny od podmiotów postępowania. Zdaniem zamawiającego opinia, na którą powołuje się wykonawca eksponuje kwestie korzystne dla strony postępowania, będącej jego zleceniodawcą, jak również pomija okoliczności mniej dla niej korzystne. Zaznaczył także, że przygotowujący opinię, biegły prywatny posiada przeważnie informacje pochodzące jedynie od tej strony postępowania, która zleciła przygotowanie opinii. Zamawiający po zapoznaniu się z przedstawioną opinią biegłego sądowego stwierdza, że ma ona charakter aprobujący wykonawcę i utrzymujący jego racje.

WNIOSKI:

Na podstawie dokumentów przedstawionych przez wykonawcę oraz dowodów i informacji uzyskanych przez inwestorów w ocenie zamawiającego z całą pewnością w przypadku wcześniejszych umów/zamówień z :

- 1 Wojskowym Szpitalem Klinicznym Polikliniką SP ZOZ
- Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o.
- Szkołą Główną Gospodarstwa Wiejskiego
- Ośrodkiem Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz doszło do sytuacji, w której wykonawca:

1.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 co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady

2.w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;

Tym samym zachodzą ustawowe przesłanki wykluczenia wykonawcy na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7) ustawy a tym samym odrzucenia oferty wykonawcy na mocy art. 226 ust.1 pkt 2) lit. a) ustawy.

Na marginesie zamawiający wskazał, że z uwagi na fakt, iż podmiot BBC BEST Building Consultants Ł.Z. był również wykonawcą usługi na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o. oraz SGGW (konsorcjum) - w przedmiotowym postępowaniu występuje w roli podmiotu udostępniającego zasoby — to uznać należy, że również w stosunku do niego zachodzą ww. przesłanki wykluczenia z postępowania.

Procedowanie wobec wykonawcy zmiany podmiotu trzeciego na podstawie art. 122 ustawy nie jest jednak w zaistniałym stanie faktycznym zasadne z uwagi na fakt, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu.

Ocena całokształtu działań Wykonawcy

Przechodząc do oceny całokształtu działań wykonawcy a w tym do skuteczności ewentualnej procedury self-cleaningu, o której mowa w art. 110 ustawy zamawiający zwrócił uwagę na istotny fakt, że wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. złożył wraz z ofertą oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP (w którym poprzez wykreślenie niepotrzebnej treści a pozostawienie właściwej jako nieskreślonej), oświadczył dwukrotnie że nie podlega wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy.

Analogicznie wypełnione oświadczenie złożono w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby.

Wykonawca oraz podmiot udostępniający zasoby wypełnili oświadczenie w sposób następujący:

„Oświadczam, że na dzień składania ofert:

- nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy*
- nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2023 r., poz. 1497 ze zm.).

albo

W związku z ww. okolicznością, na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy podjąłem następujące środki naprawcze: złożyłem informację o sytuacjach spornych

Jednocześnie oświadczam, że nie podlegam wykluczeniu na podstawie pozostałych przesłanek wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt oraz art. 109 ust. 1 pkt pkt 5 i 7 ustawy Pzp (wskazać właściwe przesłanki wymienione w art. 108 ust. 1 oraz 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy Pzp). ”

Ponad wszelką wątpliwość zatem zarówno wykonawca jak i podmiot trzeci złożyli zamawiającemu oświadczenie o niepodleganiu wykluczenia z postępowania na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp.

Zastosowano jednak w ocenie zamawiającego celowy zabieg służący wprowadzeniu zamawiającego w błąd tj. w treści oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy odpowiednio podmiot trzeci jak i wykonawca oświadczyli, że nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy* a jednocześnie poinformowali zamawiającego, że w związku z powyższym faktem, że nie podlegają wykluczeniu podjęli środki naprawcze - PATRZ: złożyli informację o sytuacjach spornych.

Po pierwsze, zamawiający zwraca uwagę na fakt, iż treść oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy na załączniku nr 1 do SWZ została tak skonstruowana przez zamawiającego, aby podmiot je składający miał możliwość wybrać dwie opcje:

- pierwszą gdzie winien był oświadczyć, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia
- drugą gdzie winien oświadczyć, że przesłanki wykluczenia wprawdzie zachodzą ale w związku z tą okolicznością na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy wykonawca podjął środki naprawcze - i w tym miejscu wykonawca powinien opisać zdarzenia powodujące zaistnienie okoliczności powodujących wykluczenie oraz jakie to środki naprawcze podjął w celu udowodnienia, że nie podlega wykluczeniu.

Tymczasem, wykonawca/podmiot trzeci oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7) ustawy, a jednocześnie wskazał, że podjął środki naprawcze — tj. jak wyżej złożył informację o sprawach spornych.

W zakresie wykonawcy w ww. dokumencie stanowiącym oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych, który wykonawca dołączył do oferty, wykonawca określił wprost i dosłownie, że „przedmiotowe nie stanowi samooczyszczenia” .

Biorąc zatem na wzgląd wykładnię języka polskiego oraz rozumienie tego języka, oczywistym jest dla zamawiającego cel złożenia ww. oświadczenia — tj. jedynie poinformowanie zamawiającego o sytuacjach spornych a nie skorzystanie z procedury self-cleaningu.

Tymczasem zdaniem zamawiającego aby skorzystać z procedury self-cleaningu - to wykonawca powinien zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrokiem z dnia 3 lutego 2017 r., KIO 139/17) w pierwszej kolejności

przyznać się do deliktu. Jeśli natomiast temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne. Instytucję „self-cleaning” należy rozumieć bowiem w taki sposób, że wykonawca, wiedząc i mając świadomość co do tego, iż zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia zamawiającemu, że podjął on starania w celu wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne. To wykonawca w pierwszej kolejności musi wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości.

Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści przepisu, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia (Wyrok z dnia 15 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 991/18, KIO 997/18, KIO 1000/18, KIO 1007/18, KIO 1016/18).

W przedmiotowym stanie faktycznym wykonawca w sposób wyraźny i oczywisty wyraził swoje intencje wskazując wprost w tytule oświadczenia o sprawach spornych, że przedmiotowe oświadczenie (oraz jak można dorozumieć załączone do oświadczenia dowody) nie stanowi samooczyszczenia.

Dla zaakcentowania celu swoich działań wykonawca w treści oświadczenia wskazał, że w ramach tego zamówienia nie może przyznawać się do poważnego wykroczenia w formularzu JEDZ, gdyż takie zdarzenia nie miały w rzeczywistości miejsca a wykonawca nie może powoływać tych okoliczności w formularzu JEDZ w sytuacji, gdy stan faktyczny każdego z zamówień wskazuje, że były one realizowane w sposób należyty oraz że zamawiający złożyli oświadczenie o odstąpieniu od umowy niezasadnie, zaś same okoliczności realizacji zamówienia pozostają pomiędzy stronami sporne. W ocenie wykonawcy odstąpienia od umowy były niezasadne na skutek czego nie mogły wywrzeć żadnego skutku prawnego.

W przedmiotowym przypadku, mając na uwadze powyższe oraz treść oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy, uznać należy, że pisma "Informacja o sytuacjach spornych" nie można zatem traktować, jako "self-cleaningu", a wykonawca udzielając odpowiedzi, że nie podlega wykluczeniu z postępowania świadomie zrezygnował z przeprowadzenia procedury samooczyszczenia

Na marginesie zamawiający wskazał, że wykonawca postępuje w ramach złożonych przez siebie dokumentów w sposób niezwykle niedbały i szlampowy. W treści bowiem złożonego oświadczenia o sytuacjach spornych po pierwsze wskazał, że w związku z faktem, że zamawiający określił w tym postępowaniu, że w stosunku do wykonawców zastosowanie będą miały podstawy wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 9 ustawy, informuje, iż w ramach następujących zadań realizowanych w oparciu o przepisy ustawy zamawiający złożyli oświadczenie o odstąpieniu od umowy (lub oświadczenie o jej wypowiedzeniu lub wykluczeniu na podstawie art 109 ust 1 pkt 7 lub 109 ust 1 pkt 9), której stroną było BBC.

Zamawiający nie przewidział jednak w przedmiotowym postępowaniu przesłanki wykluczenia o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy.

Ponadto, pierwsze oświadczenie o sprawach spornych a załączone wraz z ofertą datowane jest na dzień 29.08.2023 r. a podpisane podpisem elektronicznym w dniu 30.08.2023 r. przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy a zatem na dzień przed wszczęciem tego postępowania.

Tym samym wykonawca nie mógł mieć w tej dacie wiedzy jakie przesłanki wykluczenia będą przewidziane w postępowaniu (postępowanie zostało wszczęte 31.10.2023 r.)!

W treści oświadczenia o czym mowa powyżej wykonawca powołuje się również, na fakt, iż nie może w formularzu JEDZ przyznać się do wykroczeń ponieważ wykroczenia nie miały w jego ocenie miejsca.

Tymczasem zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wymagał formularza JEDZ.

Postępowanie prowadzone jest w reżimie krajowym dla którego przedmiotowy formularz nie jest wymagany. Wymagane jest krajowe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw wykluczenia na załączniku nr 1 do SWZ.

Mając na uwadze powyższe zamawiający stwierdza, że celem wykonawcy nie jest wcale przedstawienie rzetelnych informacji dla tego konkretnego postępowania tylko do każdego postępowania, w którym startuje składa prawdopodobnie te same dokumenty nie bacząc, że takie działanie może wywołać dla niego negatywne skutki.

Powyższe działanie należy uznać za niestaranne i naganne. To rolę wykonawcy jako profesjonalnego podmiotu jest udowodnienie zamawiającemu, że nie zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania. Wykluczenie z postępowania ma znaczenie bardzo poważne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a skutki takiego wykluczenia są najdotkliwsze dla wykonawcy a tym samym wykonawca powinien mieć to na uwadze składając ofertę w postępowaniu, że jego działanie będzie podlegało ocenie przez zamawiającego.

Zamawiający oczekuje, że wykonawca jest podmiotem profesjonalnym do którego zastosowanie ma art. 355 par. 1

Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), przy czym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zawsze występuje jako profesjonalista, zaś należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy nie odbiega od rzeczywistości.

Trudno w przedmiotowym stanie faktycznym jest mówić o profesjonalizmie wykonawcy, jego należytej staranności, skoro wraz z ofertą złożył sztapowe dokumenty które zapewne przygotowane były wcześniej (przed wszczęciem postępowania) o czym świadczy chociażby data wytworzenia i podpisania dokumentów.

W ocenie zamawiającego takie działanie wykonawcy naraża go na negatywne skutki podjętych przez niego czynności (o czym zdaje się wykonawca zapomniał) oraz przedstawia wykonawcę w negatywnym świetle. Złożenie zamawiającemu również wybiórczych i szcątkowych dokumentów (załączników do oświadczenia o sprawach spornych), które przedstawiają w dużej mierze jedynie jednostronny obraz sytuacji (o wiele dokumentów zamawiający musiał występować do inwestorów) ewidentnie również ma na celu w ocenie zamawiającego zatajenie pewnych niewygodnych faktów, z którymi być może zamawiający nie powinien się zapoznać.

W tym miejscu zaznaczyć jednak należy, że aby wykonawca mógł zostać przez zamawiającego uznany za rzetelnego, to zgodnie z dyspozycją określoną w pkt 12 SWZ wykonawca powinien najpóźniej w dacie składania ofert zastosować procedurę self-cleaningu przedstawiając w tym celu jak najrzetelniejsze dokumenty, których ocena doprowadzi zamawiającego do wniosku, iż faktycznie z rzetelnym wykonawcą ma do czynienia. Tymczasem, niechlujne działanie wykonawcy, składanie dokumentów w sposób mający na celu wprowadzenie u zamawiającego dezorientacji i pozornej rzetelności daje odwrotny skutek. Zamawiający stwierdza bowiem ponad wszelką wątpliwość, że poza faktem, że nierzetelność wykonawcy przejawia się w postaci nienależycie wykonanych kontraktów, to jeszcze sam sposób złożenia oferty — który jest działaniem celowym — ukazuje wykonawcę jako nieprofesjonalny podmiot.

Zamawiający wskazał, na jeszcze jeden aspekt i fakt dostrzeżony w złożonym przez wykonawcę oświadczeniu o sprawach spornych a mianowicie wykonawca wskazał, że dołącza do oświadczenia załączniki w postaci uchwał, protokołów, szkoleń itp. na dowód w zakresie skutecznego wdrożenia procedury samooczyszczania.

Zamawiający podkreślił ponownie, że wykonawca celowo usiłuje wprowadzić u zamawiającego chaos informacyjny oraz wprowadzić go w błąd. Z jednej bowiem strony oświadcza, że uważa się za niepodlegającego wykluczeniu z postępowania, z drugiej strony załącza do oferty oświadczenie i dokumenty nie stanowiące samooczyszczania, a jedynie oświadczenie i dokumenty mające charakter informacyjny składany z ostrożności a z trzeciej strony składa uchwały, protokoły, szkolenia na dowód skutecznego samooczyszczania.

Postawę wykonawcy zamawiający postrzega jako szczególnie naganną, w szczególności, że takie działanie wykonawcy było już przedmiotem procesu odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (Wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2022r. sygn. akt 886/22, 866/22) w którym wprawdzie chodziło o sposób wypełniania formularza JEDZ, niemniej jednak sentencja wyroku Izby pozostaje wiążąca również w zakresie oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy w postępowaniu krajowym.

I tak wskazać należy, że w odniesieniu do ww. sprawy Izba już raz w sposób zdecydowany pouczyła tego konkretnego wykonawcę (stan faktyczny rozpatrywanej sprawy był niemalże identyczny z przedmiotowym), że:

(...) na podstawie informacji zawartych w JEDZ zamawiający podejmuje decyzję czy w stosunku do wykonawcy istnieją przesłanki do wykluczenia go z postępowania. Zamawiający opierając się wyłącznie na treści JEDZ złożonych wraz z ofertą przez Konsorcjum BBC mógł uznać, iż w stosunku do ww. wykonawcy nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp (...) Jednak z analizy stanu faktycznego i informacji w posiadanie, których wszedł zamawiający w toku postępowania wynika, że zaistniały takie okoliczności i wymagały zbadania przez zamawiającego. Przy czym wymaga podkreślenia, że brak jest podstaw prawnych do przyjęcia, że to wykonawca udzielając odpowiedzi samodzielnie weryfikuje przesłanki wykluczenia wynikające z ustawy. Wykonawca miał świadomość istnienia nieprawidłowości przy realizacji umów wskazanych w "Informacji o sytuacjach spornych" oraz o fakcie i podstawach wykluczeń z postępowań o udzielenie zamówień przywołanych w tym dokumencie. Informacje przedstawione przez wykonawcę w JEDZ pozostają zatem w oczywistej sprzeczności z rzeczywistością, a ich podanie skutkowało mylnym przekonaniem zamawiającego, iż nie zachodzą wobec wykonawcy okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 7(...) ustawy. Zgodnie z zasadą przejrzystości postępowania i uczciwej konkurencji, wykonawca był zobowiązany do przedstawienia zamawiającemu rzetelnej i zgodnej ze stanem faktycznym informacji. W tych okolicznościach, odpowiedź negatywna na ww. pytania zawarte w JEDZ oznacza podanie nieprawdziwych informacji, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, przy czym bez wątpienia można również Wykonawcy przypisać winę w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tj. jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (tj. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie

z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ustawodawca krajowy, implementując do prawa krajowego art. 57 ust. 4 lit. h Dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazał, iż działanie wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. Dokonując oceny stanu faktycznego sprawy przez pryzmat wystąpienia pozostałych przesłanek uzasadniających wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy, odwołać się należy do również wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 849/18 zgodnie, z którym: "Działając na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia". Jeżeli zatem Wykonawca od początku udziału w postępowaniu był świadomy tego, że podawane przez niego w JEDZ informacje dotyczące okoliczności wynikających z art. 109 ust. 1 pkt. 7, 8 i 10 ustawy są informacjami niezgodnymi ze stanem faktycznym, działanie wykonawcy winno zostać ocenione jako działanie lekkomyślne, jeżeli natomiast wykonawca podając w JEDZ obiektywnie nieprawdziwe informacje nie zdawał sobie z tego sprawy, pozostając w nieuzasadnionym okolicznościami przekonaniu, że nie jest zobowiązany do ich podania, w konsekwencji czego wprowadził zamawiającego w błąd, takie działanie wykonawcy winno zostać ocenione jako niedbalstwo. W ocenie zamawiającego treść złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień wskazuje na to, że możliwe jest przypisanie Wykonawcy co najmniej niedbalstwa przy przedstawianiu zamawiającemu przedmiotowych informacji polegającego na braku należytego zweryfikowania zgodności z rzeczywistością treści składanych zamawiającemu oświadczeń. Jak wskazuje się w orzecznictwie, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak m.in. wskazano w uzasadnieniu do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., IV CK 151/03). Dodatkowo zamawiający podkreślił, że ocena postępowania wykonawcy biorącego udział w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego winna być oceniana przez pryzmat zawodowego charakteru jego działalności. Zgodnie z art. 355 pr. 2 KC - należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Niewątpliwie również wykonawca biorący udział w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego winien zostać uznany za profesjonalistę. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2018 r., KIO 1983/18 - "Za profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem, te składane w toku przetargu zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Nie może także ulegać wątpliwości, iż wykonawca mógł i powinien był dokonać realnej i rzetelnej weryfikacji składnego przez siebie oświadczenia w kontekście treści sformułowanych w JEDZ pytań, czego jednak nie uczynił. W konsekwencji, złożenie przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, niezgodnych z rzeczywistością informacji dotyczących okoliczności istotnych dla prowadzonego postępowania, w sposób oczywisty odbiega od miernika należytej staranności przynależnej profesjonalście. Uwzględniając przytoczone okoliczności faktyczne i prawne, zamawiający staną na stanowisku, zgodnie z którym po stronie wykonawcy wystąpiła również co najmniej wina nieumyślna, jako przesłanka uzasadniająca jego wykluczenie z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

(...) nie ma wątpliwości, że wykonawca znajdował się niejednokrotnie w sytuacjach, które winny skutkować udzieleniem odpowiedzi "TAK" na pytanie "Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?"

W tym miejscu należy przywołać raz jeszcze wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r.:

"Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, wysunięte roszczenie odszkodowawcze lub naliczenie kar umownych nie musi być usankcjonowane przez sąd. Nawet zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie wykonawcy. Dowodem nienależytego wykonania umowy może być w szczególności pozew, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań (tak: "Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. H.N., M.W., UZP Warszawa 2021, str. 406) (...)

Aby zamawiający mógł ocenić, czy w przypadku odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, odwołujący winien przekazać zamawiającemu wszystkie okoliczności dotyczące wskazanej

inwestycji. O ile bowiem przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania oraz wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy mają charakter obiektywny, o tyle okoliczność, czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma już charakter ocenny. Tym też należy tłumaczyć treść pytania zawartego w części III sekcja C JEDZ. Wykonawca ma udzielić odpowiedzi na pytanie o zaistnienie okoliczności faktycznych i obiektywnych, natomiast w sytuacji, gdy odpowiedź na to pytanie brzmi "TAK" — ma udzielić szczegółowych informacji na ten temat tak, aby zamawiający mógł dokonać oceny w zakresie trzeciej przesłanki wykluczenia. Nie ulega zatem wątpliwości, że w rozpoznawanej sprawie zaszły okoliczności, wobec których na zawarte w JEDZ pytanie w brzmieniu: "Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" należało odpowiedzieć twierdząco. Odwołujący, udzielając odpowiedzi "NIE" wprowadził zatem w błąd zamawiającego, co uzasadnia jego wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy (KIO 3467/21).

Pomimo, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie przewidział podstawy wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) lub 10) ustawy to stoi na stanowisku, że wykonawca który już raz został pouczone o tym, że jego analogiczne postępowanie zostało ocenione nagannie przez Krajową Izbą Odwoławczą oraz Sąd doskonale zdaje sobie sprawę, że wypełniając oświadczenie o braku podstaw wykluczenia nie powinien kierować się swoimi subiektywnymi odczuciami o braku przesłanek do wykluczenia.

Po raz kolejny podkreślenia wymaga, że to rolę zamawiającego jest ocena czy wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania a nie rolę wykonawcy.

Zamawiający nadmieniał natomiast, że na tym etapie postępowania nie jest również zobowiązany do wszczynania takiej procedury z własnej inicjatywy jeżeli wykonawca sam nie wyraził woli dokonania takiego samooczyszczenia, tym bardziej, że w pkt 12 SWZ pouczył wykonawcę, że:

W okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp lub w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7, wykonawca może dokonać „samooczyszczenia”, na zasadach opisanych w art. 110 ust. 2 i 3 ustawy” przy czym zastrzegł jednocześnie, że:

„Procedura ta winna być zastosowana w terminie składania ofert, poprzez odpowiednie wypełnienie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu”.

Jak już zatem podkreślono, w celu samooczyszczenia wykonawca musi z własnej inicjatywy i bez wezwania podać w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, informację, że zachodzi wobec niego odpowiednia podstawa wykluczenia oraz wskazać opis środków naprawczych i zapobiegawczych (tak: "Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. H.N., M.W., UZP Warszawa 2021, str. 418-419).

Na marginesie zamawiający wskazał też, że nawet gdyby zamawiający miał traktować pewną końcówką i co do zasady fragmentaryczną treść oświadczenia o sprawach spornych (co zostaje w sprzeczności intencjami wykonawcy wyrażonymi w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 oraz początkową treścią oświadczenia o sprawach spornych - która wprost wskazuje, że nie stanowi ona samooczyszczenia) i załączone do oświadczenia uchwały, protokoły, szkolenia jako self-cleaning to na podstawie tych dokumentów zamawiający nie znalazł potwierdzenia na prawidłowe wypełnienie procedury samooczyszczenia odnoszących się do dokumentów złożonych w tym postępowaniu jak również procedury samooczyszczenia z racji skutecznego wykluczenia wykonawcy przez Inwestora SGGW w dniu 27.01.2023 r. w postępowaniu o sygn. DINT.250.8.2022 (co do którego obowiązuje wykluczenie wykonawcy przez kolejne 3 lata).

Zamawiający ocenił załączone dowody w postaci protokołów z kontroli komisji ds. realizacji projektów, protokołów ze szkoleń pracowników, dokumenty z audytu ex post projektów spółki oraz krótki wywód wykonawcy o treści:

Niezależnie od oceny skuteczności i zasadności ww. oświadczeń o odstąpieniu, BBC podjął szereg działań mających na celu umacnianie kompetencji personelu w zakresie ścisłego monitorowania realizowanych projektów w ramach usług świadczonych przez BBC, w celu uniknięcia podobnych sytuacji w przyszłości. W tym zakresie uściślono zakresy obowiązków pracowników i współpracowników BBC, jak też wzmożono nadzór i kontrolę nad realizowanymi zadaniami, zarówno przez bezpośrednich przełożonych, którzy na bieżąco raportują zarządowi postępy prac oraz sytuację na każdym z projektów, jak też bezpośrednio przez sam zarząd BBC. Pracownicy i współpracownicy BBC odbywają także systematyczne szkolenia w zakresie powierzonych im obowiązków, celem poszerzenia ich wiedzy oraz doświadczenia, co w sposób pozytywny przekłada się na realizowane projekty. Zarząd BBC pouczył pracowników odpowiedzialnych za składanie ofert realizacji zamówień publicznych w zakresie doboru i weryfikacji konsorcjantów, współpracowników oraz podwykonawców, w tym wdrożono zasadę obiegu informacji o ewentualnych trudnościach we współpracy z poszczególnymi konsorcjantami, współpracownikami lub podwykonawcami. Zobligowano pracowników do niezwłocznego przekazywania zarządowi BBC informacji o przypadkach nieprawidłowej współpracy ze strony konsorcjantów, współpracowników lub podwykonawców w ramach poszczególnych projektów. W przypadku wykrycia podejrzenia wystąpienia jakichkolwiek nieprawidłowości, zarząd BBC niezwłocznie podejmuje wszelkie niezbędne

działania, tak aby takie zdarzenia nie wpłynęły w sposób negatywny na realizację projektów. Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że z uwagi na okoliczności faktyczne i prawne opisane powyżej, a także ze względu na podjęte przez BBC środki zaradcze na przyszłość, odosobnione przypadki wcześniejszego rozwiązania umów (których skuteczność jest kwestionowana przez BBC) nie wpłyną na rzetelność BBC w zakresie realizacji niniejszego zamówienia. BBC pragnie przy tym wskazać, iż z powodzeniem funkcjonuje na rynku zamówień publicznych. W obecnym portfelu firmy znajduje się ponad 35 równolegle realizowanych z powodzeniem projektów. Co więcej, BBC posiada uznaną markę na rynku, czego dowodem są liczne referencje, nagrody i wyróżnienia. Mając na uwadze całokształt powyższych wyjaśnień, należy wskazać, że podjęte przez Wykonawcę środki naprawcze powinny zostać uznane za wystarczające. Dodatkowo BBC przedstawia załączniki w postaci uchwał, protokołów, szkoleń itp. na dowód w zakresie skutecznego wdrożenia procedury samoocyszczania”

i stwierdził, że podjęte przez wykonawcę czynności nie są wystarczające dla wykazania jego rzetelności przy uwzględnieniu wagi i szczególnych okoliczności wcześniejszych czynów wykonawcy.

W tym miejscu w pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że w przypadku wystąpienia przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy, ustawodawca w art. 110 ust. 2 ustawy przewidział dla wykonawcy możliwość uniknięcia wykluczenia z postępowania przez wdrożenie instytucji tzw. "samoocyszczania". Zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy, wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 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.

W ocenie zamawiającego wykonawca nie udowodnił, aby w ramach wymienionych przez siebie kontraktów wypełnił ww. przesłanki łącznie, o których mowa w art. 110 ust.2 ustawy tj.

- naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne (nie zapłacił nałożonych na niego kar umownych ani nie wykazał się że zobowiązuje się do ich zapłacenia);
- wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem (przedstawione dokumenty w sposób wybiórczy i niekompletny przedstawiają sprawy sporne) oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 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.

Odnosząc się do ostatniej przesłanki (pierwsze dwie nie zostały spełnione co jest bezsporne) to przedstawione przez wykonawcę rozwiązania mają charakter ogólnikowy, podczas gdy powinny odnosić się do zaistniałych konkretnie nazwanych sytuacji, wskazywać szczegółowe rozwiązania, co do których zamawiający zastosowali sankcje przewidziane prawem.

W protokole z kontroli komisji ds. realizacji projektów zamawiający dowiadyuje się, że:

„Komisja powołana przez wykonawcę dokonała następujących czynności w celu pełnego wyjaśnienia zaistniałych

odstąpien oraz zapobieżeniu podobnym przypadkom w przyszłości:

- przeanalizowano przyczyny odstąpień od umów przez zamawiających;
- ustalono jakie powinny zostać wprowadzone środki pozwalające na wyeliminowanie przyczyn zaistniałych odstąpień od umów oraz wyłączenie występowania nieprawidłowości w przyszłości.
- przeanalizowano status postępowań sądowych dowodzących niezawinienie wykonawcy

Po dokonanych czynnościach kontrolnych Komisja ustaliła, że główną przyczyną wystąpienia okoliczności, które doprowadziły do Odstąpień od umowy były: a. Źle przygotowane postępowania przez zamawiającego

b. Zmiana planów realizacyjnych co do projektu przez zamawiającego

c. Zlecenie robót dodatkowych przez zamawiającego bez możliwości zapłaty za nie

d. Wydłużenie procedur administracyjnych

e. Wpływ pandemii Covid na realizację projektów- zarówno wewnątrz organizacji wykonawcy jak i u zamawiającego i w administracji państwowej

f. Hiperinflacja w Polsce określana przez Sądy Najwyższe jako siła wyższa

g. Brak sformalizowanej komunikacji z zamawiającym Odstąpienie od umowy na roboty budowlane czego następstwem stało się odstąpienie od umowy z projektantem

Wnioski pokontrolne / Zalecenia dla Wykonawcy

Komisja postanawia przedstawić Wykonawcy następujące zalecenia:

a. większa weryfikacja dokumentacji przetargowej

b. zadawanie większej ilości pytań do przetargów

c. wykazywanie większej asertywności względem robót dodatkowych d. wzmożona cykliczna wymiana doświadczeń między projektami

d. wzmożone wnioskowanie o przyspieszenie rozpoznania wniosków do instytucji administracji państwowej

e. przeprowadzenie cyklicznych szkoleń

f. wzmożona komunikacja oficjalna z zamawiającym

g. wzmożone planowanie i harmonogramowanie projektów

h. wzmożone raportowanie statusu projektów do Zarządu

i. wzmocnienie funkcji koordynatora projektów w strukturze firmy”.

Twierdzenie wykonawcy o wdrożeniu przez niego środków naprawczych w ocenie zamawiającego jest gołosłowne, niekonkretne, bardzo ogólne i ponadto nie osiągnęło skutku.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.03.2022 r. w sprawie o sygn. akt.665/22 możemy znaleźć informację, że identyczne tłumaczenia i uzasadnienie wykonawca przedstawiał celem samooczyszczenia i udowodnienia swojej rzetelności Gminie Wałbrzych Plac Magistracki 1 58-300 Wałbrzych tj., że:

Niezależnie od oceny skuteczności i zasadności oświadczeń o odstąpieniu, poinformował o podjęciu szeregu działań, mających na celu umacnianie kompetencji personelu w zakresie ścisłego monitorowania realizowanych projektów, że szczególnym naciskiem na zamówienia dotyczące opracowania dokumentacji projektowej, w celu uniknięcia podobnych sytuacji w przyszłości. W tym zakresie uściślono zakresy obowiązków pracowników i współpracowników B..., jak też wzmożono nadzór i kontrolę nad realizowanymi zadaniami, zarówno przez bezpośrednich przełożonych, którzy na bieżąco raportują zarządowi postępy prac oraz sytuację na każdym z projektów, jak też bezpośrednio przez sam zarząd B..., Pracownicy i współpracownicy B... odbywają także systematyczne szkolenia w zakresie powierzonych im obowiązków, celem poszerzenia ich wiedzy oraz doświadczenia, co w sposób pozytywny przekłada się na realizowane projekty, Zarząd B... pouczył pracowników odpowiedzialnych za składanie ofert realizacji zamówień publicznych w zakresie doboru i weryfikacji konsorcjantów. współpracowników oraz podwykonawców, w tym wdrożono zasadę obiegu informacji o ewentualnych trudnościach we współpracy z poszczególnymi konsorcjantami, współpracownikami lub podwykonawcami. Zobligowano pracowników do niezwłocznego przekazywania zarządowi B... informacji o przypadkach nieprawidłowej współpracy ze strony konsorcjantów, współpracowników lub podwykonawców w ramach poszczególnych projektów. W przypadku wykrycia podejrzenia wystąpienia jakichkolwiek nieprawidłowości, zarząd B... niezwłocznie podejmuje wszelkie niezbędne działania, tak aby takie zdarzenia nie wpłynęły w sposób negatywny na realizację projektów. Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że z uwagi na okoliczności faktyczne i prawne opisane powyżej, a także ze względu na podjęte przez B... środki zaradcze na przyszłość, odosobnione przypadki wcześniejszego rozwiązywania umów (których skuteczność jest kwestionowana przez B...) nie wpłyną na rzetelność B... w zakresie realizacji niniejszego zamówienia”.

Tłumaczenie takie (o czym możemy się dowiedzieć w Wyroku z dnia 14.08.2023 r., sygn.. akt 2143/23) wykonawca przedstawił także w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie.

Mając na uwadze powyższe zamawiający stwierdził, że przedstawione uzasadnienie jak również dowody w postaci protokołów z posiedzeń komisji czy też ze szkoleń służą jedynie zachowaniu pozorności co do podjęcia jakichkolwiek działań, działań pseudo zaradczych tak, aby wykazać jakiegokolwiek pozorne czynności oraz stworzyć u zamawiającego wyobrażenie, że wykonawca podejmuje czynności mające na celu poprawienie jego wiarygodności — jak się jednak okazuje nie znajdujące żadnego praktycznego i faktycznego przełożenia na podejmowane działania.

O tej pozorności lub też o nieskuteczności wprowadzonych przez wykonawcę działań zaradczych, o których wykonawca wspomina już w sposób identyczny w 2022 r. Gminie Wałbrzych lub w 2023 r. GDDKiA świadczy fakt, iż w dalszym ciągu występują sytuacje, w których Inwestorzy odstępują od umów z wykonawcą (np. w 2023 r. nastąpiło odstąpienie od umowy przez OSIR Żoliborz). Wprowadzenie zatem działań co nie zostało nawet uprawdopodobnione jak te, którymi posługuje się Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu (np. kontrole lub szkolenia) nie pozwoliło, jak widać Wykonawcy uniknąć odstąpienia od umowy, stąd też w tym postępowaniu Wykonawca powinien wykazać się, że skoro po raz kolejny doszło do odstąpienia od umowy to podjął po raz kolejny środki zaradcze na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy — uprzednie nie odniosły sukcesu i zamierzonego rezultatu.

Jak pokazuje chronologia ww. zdarzeń, w żaden sposób nie doszło do wyeliminowania tego rodzaju przyczyn, wbrew zapewnieniom powołanej przez wykonawcę Komisji. Wobec powyższego zamawiający w sposób stanowczy i pewny uważa, że środki podjęte przez Wykonawcę nie są wystarczające i nie dają zamawiającemu gwarancji należytego wykonania kontraktu.

W związku z faktem, że przedstawione przez podmiot udostępniający zasoby środki naprawcze są praktycznie identyczne jak te, które zostały przedstawione przez wykonawcę, to powyższa argumentacja co do braku uznania ww. środków za wystarczające w celu wykazania rzetelności ma również odpowiednie zastosowanie do treści samooczystczenia przedstawionego przez BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z. Ponadto niejako identyczna, taka sama treść tych dokumentów i przedstawianych wzorów jedynie utwierdza zamawiającego w przekonaniu, że są to dokumenty sporządzone na takim poziomie ogólności, iż de facto mogłyby mieć uniwersalne zastosowanie w każdym postępowaniu w stosunku do różnego rodzaju podmiotów.

W treści oświadczenia o sprawach spornych zarówno wykonawca jak i podmiot trzeci utrzymują, że odosobnione przypadki wcześniejszego rozwiązania umów (których skuteczność jest kwestionowana) przez Wykonawcę, nie wpłyną na rzetelność tych podmiotów w zakresie realizacji niniejszego zamówienia.

Zamawiający w sprawach z udziałem BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. oraz BBC Best Building Consultants Nadzory i Doradztwo Budowlane Ł.Z., korzystając z informacji ogólnodostępnych np. badając bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przy udziale ww. podmiotów stwierdził, że od lat wiele kontraktów zostało rozwiązanych przez zamawiających z ww. podmiotami (działającymi samodzielnie lub w ramach konsorcjum) i że nie są to odosobnione przypadki.

Z przeprowadzonej przez zamawiającego analizy wynika, że do odstąpienia od umowy doszło również w zadaniach realizowanych na rzecz:

Państwowego Zespołu Ludowego Pieśni i Tańca Mazowsze im. Tadeusza Sygietyńskiego w zamówieniu pn. „wykonania wielobranżowej dokumentacji projektowej budynku objętego wpisem do rejestru zabytków lub inną formą ochrony zabytków w rozumieniu zapisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami - odrestaurowania Pałacyku Karolin i utworzenia bazy edukacyjnej dla prezentacji i promocji folkloru”. (Wyrok KIO 2214/2022 z dnia 5 września 2022 r.)

Łódzkiej Spółki Infrastrukturalnej Sp. z o.o. w zamówieniu pn. „Wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej w zakresie remontu budynku użyteczności publicznej objętej wpisem do rejestru zabytków dla zadania „Przebudowa, nadbudowa i remont konserwatorski wraz ze zmianą sposobu użytkowania budynków w Łodzi”. (Wyrok KIO 2214/2022 z dnia 5 września 2022 r.)

Towarzystwa Budownictwa Społecznego Warszawa Południe sp. z o.o. w zamówieniu pn. Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej remontu kapitalnego zespołu budynków przy ul. Targowej 14 w Warszawie z częściową zmianą sposobu użytkowania lokali wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w okresie realizacji robót wykonywanych na podstawie ww. dokumentacji (wyrok KIO 866/2022 z dnia 19 kwietnia 2022 r.)

Opisane powyżej uzasadnienie zamawiającego tj. stwierdzenie faktu, że wobec wykonawcy oraz podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7) ustawy oraz wobec faktu złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu przez wykonawcę oraz nieskorzystaniu przez wykonawcę z procedury samooczystczenia, o której mowa art. 110 ustawy przy jednoczesnym wykazaniu przedsięwziętych środków zaradczych — których działanie zamawiający ocenia negatywnie — zamawiający podjął decyzję o uznaniu, że wobec tego wykonawca zostaje wykluczony z postępowania na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7) ustawy a tym samym jego oferta podlega odrzuceniu na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy.

W tym miejscu zamawiający nadmieniał również, iż art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy należy rozumieć w ten sposób, że aby

doszło do materializacji przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania niezbędne jest wykazanie, że:

1. Wykonawca nie wykonał należycie lub długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Zobowiązanie to było zobowiązaniem istotnym.

3. Finalnie powyższe doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki nie mogą być rozumiane dowolnie. Wykluczając wykonawcę, zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniej zawartej umowy z Wykonawcą.

Zamawiający musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę.

Oznacza to, że zamawiający musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił, lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał.

Ponadto zamawiający zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależycie, było dla tej umowy istotne.

W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależycie w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeżeli niedociągnięcia nie były znaczące.

Jest to istotne dla zachowania zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także możliwości skorzystania przez wykonawcę z procedury tzw. samooczyszczenia lub skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający zastosował w sposób ścisły przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, korzystając przy tym z wykładni zawartej w orzecnictwie KIO oraz w Komentarzach do ustawy.

W pierwszej kolejności, badając ofertę wykonawcy spółki pod firmą BBC BEST BUILDING CONSULTANS spółka ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa zamawiający stwierdził, że wykonawca złożył oświadczenie, iż nie podlega wykluczeniu.

Oświadczenie to obejmowało obligatoryjne przesłanki wykluczenia oraz fakultatywne przesłanki wykluczenia przewidziane przez zamawiającego w SWZ, które ograniczają się do przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy.

Stwierdzając, że wykonawca złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, zamawiający był obowiązany ustalić znaczenie dokumentu złożonego przez wykonawcę wraz z ofertą, który nosi tytuł: „Oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych (przedmiotowe nie stanowi samooczyszczenia” opatrzone datą: Warszawa, dnia 29-08-2023 r. lub innych jeszcze dokumentów).

Obowiązek taki wynika z faktu, że wykonawca złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, nie zastosował procedury self-cleaningu oraz zakomunikował zamawiającemu, że ww. oświadczenie nie stanowi samooczyszczenia.

W przypadku, gdyby wykonawca zastosował procedurę self-cleaningu, to byłaby szansa, że nie podlegałby wykluczeniu w okolicznościach określonych m.in. w art. 109 ust. 1 pkt. 2-5 i 7-10 ustawy, jeżeli udowodniłby zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wymienione w art. 110 ust. 2 ustawy.

W takim przypadku zamawiający ma obowiązek ocenić, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli bowiem podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Zamawiający był obowiązany ocenić, że oświadczenie z 29.08.2023 r. nie jest czynnością, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy i nie wywołało skutku w postaci self-cleaningu.

Zamawiający przyjął więc do wiadomości, że wykonawca zrezygnował z wykazania zamawiającemu, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, z tego również powodu, iż świadomie nie zastosował dobrodziejstwa samooczyszczenia czyli „self-cleaningu”

Skutkiem takiego działania wykonawcy jest przerzucenie na zamawiającego ciężaru dowodu w celu wykazania, że zaszły obligatoryjne przesłanki wykluczenia wskazane w art. 108 ustawy oraz fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy, oczywiście jeżeli zamawiający posiadałby informację o takich okolicznościach faktycznych, które wyczerpują dyspozycję art. 108 i art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy.

Norma prawna zawarta w art. 109 ust 1 pkt 5 ustawy ma charakter ogólny i generalny.

Jako zawinione i poważne naruszenie obowiązków zawodowych można zakwalifikować naruszenie przepisów ustawy

gwarantujących przestrzeganie zasad udzielania zamówień publicznych.

Norma prawna zawarta w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy stanowi doprecyzowanie „znaczącego uporczywego niedociągnięcia w spełnianiu istotnego wymogu”, którym posługuje się Dyrektywa klasyczna.

Zamawiający wykazał więc, że w realiach realizacji umów wymienionych powyżej oraz szczegółowo tam omówionych:

1. Wykonawca nie wykonał należycie lub długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Zobowiązanie to było zobowiązaniem istotnym.

3. Finalnie powyższe doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Wobec powyższego w ocenie zamawiającego ziściły się wobec wykonawcy przesłanki wykluczenia go z postępowania o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7) ustawy.

Zamawiający podzielił stanowisko przedstawione w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych „Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz” Wystarczające jest zaistnienie jednej z czterech okoliczności wskazanych w przepisie — wystąpienie kilku łącznie tym bardziej pozwala na rozważenie, czy powinno dojść do wykluczenia wykonawcy.

W pierwszym wypadku wystarczające jest stwierdzenie faktu wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Rozwiązanie umowy następuje więc w okolicznościach nadzwyczajnych, w normalnym toku rzeczy umowa byłaby wykonywana i wygasłaby po wykonaniu zobowiązań stron.

W drugim wypadku ustawodawca mówi o powiązaniu niewykonania lub nienależytego wykonania z odszkodowaniem. Zgodnie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności za nienależyte wykonywanie zobowiązań umownych wynikającymi z Kodeksu cywilnego dłużnik odpowiedzialny jest za naprawienie szkody, którą wyrządził niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Świadczenie odszkodowawcze ma charakter zastępczy lub uzupełniający względem świadczenia głównego. Ustawodawca uznał, że wystąpienie odszkodowania w wyniku realizacji umowy stanowi o nierzetelności wykonawcy. Nie jest przy tym istotne, jaką formę odszkodowanie przybrało — czy było to świadczenie w naturze czy pieniądzu, czy stosowano zasady ogólne dotyczące naprawienia szkody, czy też doszło do naliczenia kar umownych. W tym ostatnim wypadku chodzi jednak tylko o kary umowne mające charakter odszkodowawczy za działania lub zaniechania, które można przypisać wykonawcy, nie zaś o kary o charakterze gwarancyjnym. Inaczej niż w poprzednio obowiązującej ustawie (art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy z 2004 r.) odszkodowanie nie musi być „zasądzone”, co oznacza, że również odszkodowanie wypłacone bez sporu może stanowić podstawę do wykluczenia; warto jednakże przy tym pamiętać o możliwości samooczyszczenia przyznanej wykonawcy zgodnie z art. 110 ustawy.

Trzecia sytuacja wymieniona w przepisie to wykonanie zastępcze. Zgodnie z art. 480 par. 1 k.c. w razie zwłoki dłużnika w wykonaniu zobowiązania czynienia wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, żądać upoważnienia przez sąd do wykonania czynności na koszt dłużnika, zaś zgodnie z par. 3 w wypadkach nagłych wierzyciel może, zachowując roszczenie o naprawienie szkody, wykonać bez upoważnienia sądu czynność na koszt dłużnika lub usunąć na jego koszt to, co dłużnik wbrew zobowiązaniu uczynił. Ponadto istnieje jeszcze możliwość zastrzeżenia wykonania zastępczego w umowie na warunkach w niej określonych. Jeżeli ze względu na nienależyte wykonanie zobowiązania wierzyciel podjął czynności w celu wykonania zastępczego przez inny podmiot, to zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy.

Czwarta okoliczność stanowiąca podstawę wykluczenia związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania to realizacja uprawnień z tytułu rękojmi. Rękojmia została uregulowana w Kodeksie cywilnym w przepisach o umowie sprzedaży (art. 556—5764 k.c.); przewiduje odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady fizyczne rzeczy i za wady prawne. Uprawnienia te w dużym uproszczeniu sprowadzają się do odstąpienia od umowy, obniżenia ceny, usunięcia wad lub wymiany rzeczy na nową. Skorzystanie przez zamawiającego z uprawnień z tytułu rękojmi może stanowić podstawę do wykluczenia.

Wystąpienie którejkolwiek z czterech wskazanych okoliczności może stanowić o zajściu przesłanek wykluczenia jedynie wówczas, gdy jest to skutek nienależytego wykonywania umowy — zachodzi związek przyczynowy pomiędzy nienależytym wykonywaniem umowy a podjęciem przez wierzyciela/zamawiającego określonych czynności prawnych. W każdym też przypadku niezbędne jest zbadanie stopnia naruszenia — jedynie nienależyte wykonywanie w znacznym stopniu lub zakresie oraz jedynie zobowiązań istotnych będzie przesłanką wykluczenia. Ustawodawca wskazuje więc na istotność zawinienia wykonawcy — chodzi o wyeliminowanie z rynku zamówień publicznych wykonawców nierzetelnych i niedających rękojmi należytego wykonania zamówienia. Ich dopuszczenie do konkurowania z wykonawcami wywiązującymi się z zobowiązań nawet kosztem zysku wprowadzałoby nierówne traktowanie wykonawców oraz powodowało zaniżenie jakości wykonywania umów sektora publicznego ze szkodą dla społeczności.

Weryfikacja, czy zachodzi podstawa wykluczenia, dokonywana jest na podstawie oświadczenia wykonawcy. Jednakże zamawiający jest uprawniony do korzystania z wszelkich środków dowodowych.

Analogiczna sytuacja, w której wykonawca działa w sposób zbliżony do tego, które ma miejsce w postępowaniu pn. Wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowej remontu części szkolnej budynku oraz przebudowy i remontu części mieszkalnej budynku na potrzeby szkoły oraz pełnienie nadzoru autorskiego przy wykonaniu w ramach zadania inwestycyjnego: „Modernizacja budynku VIII LO im. Władysława IV wraz z adaptacją lokali mieszkalnych na sale dydaktyczne”, została szczegółowo opisana w wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2023 r. sygn. akt. KIO 2143/23, KIO 2147/23.

Analizując ww. wyrok KIO, zamawiający stoi na stanowisku, że do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zgodnie z treścią ww. orzeczenia, KIO wskazała m.in:

„Czynność wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp była prawidłowa. Miała oparcie zarówno w przepisach Pzp, jak i ustalonym przez Zamawiającego stanie faktycznym. Z samooczystczenia Odwołującego (informacja o wyborze oraz wykluczeniu B(I)... oznaczona jako załącznik D7 w "starym" samooczystczeniu) wynikało, że Odwołujący 27 stycznia 2023 r. został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Opracowanie dokumentacji przetargowej dla inwestycji pn. "Budowa obiektu laboratoryjno-dydaktycznego wraz z zapleczem technicznym, infrastrukturą towarzyszącą, przyłączami, ciągami komunikacyjnymi zagospodarowaniem terenu na potrzeby Innowacyjnego Centrum Nauk Żywnościowych - ICNŻ" oraz pełnienie nadzoru autorskiego na etapie realizacji prac budowlanych, gdzie zamawiającym była SGGW. Podstawą wykluczenia był między innymi art. 109 ust. 1 pkt 7.

SGGW uzasadniając swoje stanowisko wskazała, że Konsorcjum (którego członkiem było B(I)...) nie wykonywało prawidłowo obowiązków z umowy zawartej pomiędzy Konsorcjum a SGGW. Skutkiem tego, uczelnia odstąpiła od tej umowy.

B(I)... nie odwołało się od czynności wykluczenia. Oznaczało to, że od 7 lutego 2023 r. wykluczenie stało się skuteczne. W takiej sytuacji zamawiający musiał przyjąć, że wykluczenie było prawidłowe. To w interesie odwołującego było złożenie odwołania w postępowaniu prowadzonym przez SGGW i kwestionowanie czynności wykluczenia z postępowania. Przy bierności odwołującego decyzja podjęta przez SGGW stała się prawomocna i skuteczna wobec innych zamawiających.

Odstąpienie od umowy przez SGGW nastąpiło 9 czerwca 2022 r., a zatem od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie upłynął trzyletni okres wskazany w art. 111 pkt 4 ustawy. Wobec powyższego nie ulegało wątpliwości, że w postępowaniu, w którym zostało złożone odwołanie zaszła wobec Odwołującego przesłanka wykluczenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Odwołujący nie skorzystał, z możliwości przeprowadzenia procedury samooczystczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy".

Dodatkowo w uzasadnieniu Izba stwierdziła, iż:

Biorąc pod uwagę powyższe, wobec jednoznacznych dowodów na niewłaściwe wykonywanie przez Konsorcjum nadzoru autorskiego w ramach umowy (...) z dnia 21 listopada 2019 r. Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w oparciu o art. 746 § 1 kodeksu cywilnego wypowiedziała w trybie natychmiastowym przedmiotową umowę. Dalsze kontynuowanie wadliwie pełnionego nadzoru autorskiego mogło spowodować tylko pogłębianie szkody po stronie SGGW wynikającej z nienależytego wykonywania zobowiązań przez Konsorcjum. Ww. okoliczności bezwzględnie należy zakwalifikować jako leżące po stronie Wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby, z którym wówczas Wykonawca realizował umowę w ramach konsorcjum. Zobowiązania wynikające z par. 1 ust. 4 Umowy oraz par. 4 ust. 33 Umowy nie zostały wykonane należycie w znacznym stopniu i zakresie, a bezspornie były to zobowiązania istotne, które uniemożliwiły zrealizowanie zamówienia w postaci wykonania robót budowlanych dotyczących budowy budynku ICNŻ. Wykonawca nie usuwał w ramach nadzoru oraz w okresie rękojmi i gwarancji stwierdzanych w trakcie procesu budowlanego wad i usterek projektu, które były wadami krytycznymi wpływającymi na bezpieczeństwo konstrukcji. Wady te dotyczyły bowiem najistotniejszych elementów stworzonej dokumentacji projektowej tj. projektu konstrukcyjnego, który diametralnie wpływał również na rozwiązania projektowe w pozostałych branżach. Między innymi wady polegały na nieuwzględnieniu kompletności obciążeń poziomych i pionowych, przekroczenia stanów granicznych płyt fundamentowych, belek żelbetowych, belek stalowych i połączeń.

W świetle powyższego dojść należało do przekonania że ww. podmiot nie wykonał prawidłowo/należycie obowiązków ww. Umowy zarówno w fazie prac projektowych, co przełożyło się na konieczność realizowania obowiązków w ramach rękojmi i gwarancji, jak i w zakresie czynności w fazie pełnienia nadzoru autorskiego.

Dodatkowo należy dodać, że SGGW w wyniku ww. okoliczności, tj. niewłaściwego wykonywania zobowiązań umownych przez B(I)... i jego partnera w konsorcjum, czego następstwem było wypowiedzenie umowy z winy B(I)... i jego partnera w konsorcjum, zmuszona była do ogłoszenia postępowania, z którego B(I)... zostało wykluczone m.in. z wyżej opisanych przyczyn.

Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że w stosunku do B(I)... zostały wypełnione wszystkie przesłanki, będące podstawą wykluczenia B(I)... z niniejszego postępowania, wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy".

W analizowanym wyroku KIO zamawiający znalazł informację, które pokazują wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, jako wykonawcę po raz kolejny przedstawiającego nieprawdziwe informacje oraz wprowadzającego w błąd. Wykonawca również w tym przypadku złożył wraz z ofertą oświadczenie JEDZ z którego wynikało, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia go z postępowania oraz sprzeczne do tego informacje, zawarte w "Oświadczeniu wykonawcy o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia (self-cleaning)", w których jest mowa o wykluczeniu go z postępowań prowadzonych przez innych zamawiających.

Zgodnie z treścią ww. orzeczenia, KIO wskazała, iż:

W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wyjaśnił, że B(I)... ww złożonym wraz z ofertą oświadczeniu JEDZ zaznaczyło "NIE" w przypadku pytania o kwestię:

1.rozwiazanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje;

2.winien wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania zaznaczył.

Przedstawienie przez odwołującego oświadczenia o takiej treści mogło wywołać u zamawiającego mylnie jak się okazało - przeświadczenie, że wobec B(I)... nie zachodzą podstawy wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 lub pkt 8 lub pkt 10 ustawy. Podanie przez odwołującego w JEDZ nieprawdziwych informacji nie może być w żaden sposób konwalidowane. Brak było więc podstaw do wzywania odwołującego do uzupełnienia lub poprawienia JEDZ, z uwagi na błąd lub niekompletność. Z utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że niedopuszczalnym jest zastąpienie nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi i prowadzenie postępowania wyjaśniającego z wzywaniem wykonawcy, nie dotyczy sytuacji, w których wykonawca przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd. Tutaj dyspozycja ustawodawcy jest jednoznaczna, takiego wykonawcę należy wykluczyć (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy.) a jego ofertę odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy)"

„Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego B(I)... jako oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7, 8, 9 i 10 ustawy była prawidłowa.

Podstawowymi przyczynami dla takiej oceny były następujące okoliczności:

1.Oświadczenie JEDZ złożone przez Odwołującego B(I)... razem z ofertą nie zawierało jakiegokolwiek informacji o możliwości zaistnienia wobec tego wykonawcy podstaw do wykluczenia go z postępowania. Odwołujący B(I)... na wszystkie pytania dotyczące podstaw do wykluczenia udzielił odpowiedzi przeczących.

2."Oświadczenie wykonawcy o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia (self-cleaning)" datowane na 27 marca 2023 r., a złożone Zamawiającemu 7 kwietnia 2023 r. nie zawierało żadnej informacji dotyczącej wykluczenia Odwołującego B(I)... z postępowań na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

3.Informacje przekazane przez Odwołującego B(I)... w "Oświadczeniu wykonawcy o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia (self-cleaning)", w tym przyznanie doszło do kilkukrotnych wykluczeń Wykonawcy z postępowań prowadzonych przez innych zamawiających stało w sprzeczności z oświadczeniem JEDZ.

4.Odwołujący B(I)..., w swoim stanowisku procesowym przyznał, że w wyniku błędu jego pracownika, Zamawiającemu wraz samooczyszczeniem z 7 kwietnia 2023 r. nie został przekazany dokument złożony jako jeden z dowodów w postępowaniu odwoławczym, tj. "Oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych dotyczących złożenia zamawiającemu oświadczeń o odstąpieniu od umowy" datowane na 6 lipca 2023 r.

Ocena działań zamawiającego wymaga uwzględnienia dokumentów jakimi dysponował on na moment dokonania czynności wykluczenia Odwołującego B(I)... z postępowania".

W dalszej części wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2023 r. (sygn. KIO 2143/23, KIO 2147/23) warto zwrócić uwagę na fakt, iż podejmowane przez wykonawcę działania mające na celu wdrożenie przez niego środków naprawczych są niewystarczające do wykazania jego rzetelności. Zdaniem zamawiającego są one stosowane „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia. Mają charakter ogólnikowy i nie odnoszą się do konkretnych sytuacji i przypadków wymagających samooczyszczenia. Świadczą o zachowaniu pozorności ich stosowania w celu jedynie umożliwienia uczestnictwa w kolejnych postępowaniach.

W analizowanym wyroku możemy znaleźć informację, że działania ww. Wykonawcy , nie osiągają zamierzonego skutku — które to uzasadnienie zamawiający traktuje jak swoje:

W treści samooczyszczenia B(I)... stwierdza, że nie ukarał w żaden sposób pracowników odpowiedzialnych za powstałe nieprawidłowości z powodu upływu czasu od zaistnienia zdarzeń. Wskazuje to tym samym, że B(I)... nie podjął żadnych starań w kierunku ustalenia, kto jest odpowiedzialny za podanie informacji skutkujących wykluczeniem z postępowań wskazanych w tym samooczyszczeniu. W konsekwencji taki stan rzeczy nie wyłącza ryzyka, że te same osoby mogą w dalszym ciągu uczestniczyć w postępowaniach i popełniać tożsame lub podobne błędy, narażając wykonawców i zamawiających na podjęcie działań i decyzji stanowiących naruszenie uczciwej konkurencji czy doprowadzenie do

wyboru ofert w sposób wadliwy.

W zakresie reorganizacji personelu B(l)... powołuje się na podjęcie działań zgodnie z regulacjami nowo wprowadzonego zbioru zasad, jednocześnie nie wskazując na czym dokładnie polega dana reorganizacja oraz w jaki sposób wpływa ona korzystnie na unikanie sytuacji związanych z wykluczaniem B(l)... z postępowań.

Budzi wątpliwości również brak skutków środków naprawczych wprowadzonych przez B(l)... na podstawie przekazywanych informacji o samooczyszczeniu. B(l)... chociażby wskazuje w dokumentach samooczyszczenia na powołanie Komisji ds. badania ofert, a jednym ze skutków działania takowej komisji ma być "przeprowadzenie przez wykonawcę procedury samooczyszczenia m.in. poprzez podjęte czynności i wprowadzone środki, zdaniem Komisji zapobiegną dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, w tym spowodują całkowite wyeliminowanie przyczyn zaistnienia okoliczności wypełniających jakąkolwiek normę wykluczenia w przyszłości" (cytat z protokołu z kontroli komisji ds. badania ofert z 05.02.2022 roku). Pomimo jednak wprowadzania ww. działań B(l)... w dalszym ciągu był wykluczany z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w związku z podawaniem informacji wprowadzających zamawiających w błąd. Przykładowo B(l)... przedłożyło wraz z dokumentem samooczyszczenia uchwałę zarządu spółki z dnia 10 stycznia 2022 r. dotyczącą wprowadzenia zbioru zasad, tymczasem jak wynika z treści samooczyszczenia, kilka miesięcy po wprowadzeniu ww. zasad, zostało kilkakrotnie wykluczone z postępowań, też na podstawie tych samych podstaw prawnych".

„Powyższe wskazuje jednoznacznie, że sukcesywne kontrole "przeprowadzane" przez B(l)... w odniesieniu do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, czy też "szkolenia pracowników" nie przynoszą skutków, gdyż B(l)... pomimo ich rzekomego wdrożenia w dalszym ciągu jest wykluczane z postępowań, zaś wykluczenia następują zasadniczo z tych samych powodów. Nadal B(l)... w ramach samooczyszczenia powołuje się na prowadzenie powyższych działań mających na celu wyeliminowanie wystąpienia sytuacji, które spowodowały wykluczenia".

Zamawiający podziela zdanie Izby, w którym to na wykonawcy spoczywa obowiązek przełożenia wypracowanych środków naprawczych na działania podejmowane w ramach przygotowywania i składania kolejnych ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Skuteczny selfcleaning wymaga przekonania zamawiającego o efektywności podejmowanych działań naprawczych. Istotą jest, aby w konsekwencji tego działania Wykonawca udowodnił, że wprowadzone zmiany doprowadzą do wyeliminowania przyczyn niewłaściwego zachowania Wykonawcy w przyszłości.

Zgodnie z treścią ww. orzeczenia, KIO wskazała m.in:

Uwzględniając powyższe i mając na uwadze ilość przypadków wykluczenia B(l)... z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w związku z przypadkami wprowadzania zamawiających przez B(l)... w błąd co do okoliczności mających istotny wpływ na przebieg postępowania należy zauważyć, że wskazane w Samooczyszczeniu B(l)... środki techniczne, organizacyjne i kadrowe w praktyce nie znajdują żadnego praktycznego i faktycznego przełożenia na działania podejmowane przez B(l)... w ramach przygotowywania i składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W naszej ocenie, służą one jedynie stworzeniu wyobrażenia, że B(l)... podejmuje jakiegokolwiek działania ukierunkowane na niewprowadzanie w błąd zamawiających, podczas gdy żadne z działań de facto nie mają miejsca. Z pewnością nie znajdują zastosowania w praktyce B(l)... żadne z działań, które można by określić jako mające znamiona należytej staranności, w zakresie, jaki winien być przypisywany profesjonalście zgodnie z przepisami prawa. Gdyby B(l)... stosował, wskazywane środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, w dokumentach samooczyszczenia, ponowne wprowadzenie w błąd zamawiających nie mogłoby mieć miejsca.

W wyniku przeprowadzonej, na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy, analizy przedłożonego przez B(l)... Samooczyszczenia uznaliśmy, że podjęte przez B(l)... działania naprawcze, są niewystarczające do wykazania jego rzetelności".

W tym miejscu zamawiający zaznaczył, że możliwość skorzystania z procedury self-cleaningu ma tylko wtedy miejsce, kiedy wykonawca przyznaje się do deliktu. Jeśli natomiast temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne. Wykonawca nie może skorzystać z procedury samooczyszczenia, jeśli nie przyzna się, iż podlega wykluczeniu. Nadto w sytuacji, gdy wykonawca najpierw oświadczy, iż nie podlega wykluczeniu, a dopiero na późniejszym etapie będzie chciał skorzystać z procedury samooczyszczenia spowoduje to bezskuteczność tej procedury. Składanie bowiem sprzecznych wyjaśnień i oświadczeń przez Wykonawcę dyskredytuje jego oświadczenia o podjętych działaniach dla przywrócenia rzetelności.

Ciężar przeprowadzenia self-cleaningu spoczywa wyłącznie na barkach wykonawcy i narzuca konieczność przedstawienia przez wykonawcę dowodów, że podjęte środki naprawcze są wystarczające do stwierdzenia jego rzetelności.

Na podkreślenie zasługuje również fakt, że KIO wyrokiem sygn. akt. KIO 2143/23, KIO 2147/23 z dnia 14 sierpnia 2023 r. w sprawie orzekło:

„Istotą stanowiska odwołującego było twierdzenie, że wobec oczywistych wątpliwości, które zamawiający powinien powziąć ze względu na sprzeczność dokumentów mających być w jego dyspozycji, winien on być wezwać odwołującego

do złożenia wyjaśnień dotyczących samooczyszczenia B(I)... . Stanowisko to nie zasługuje jednak na uwzględnienie. Podkreślenia wymaga, że to rolę wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także niepodlegania wykluczeniu z postępowania w ramach określonych w art. 110 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym 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.

Co za tym idzie oczekiwanie odwołującego B(I)...., że zamawiający porówna dokumenty złożone przez wykonawcę w różnych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego oraz inne oddziały GDDKiA było bezpodstawne. Działanie takie byłoby przede wszystkim dokonane na korzyść odwołującego B(I)...., z naruszeniem art. 16 pkt 1 ustawy. To rolę odwołującego było zrealizowanie ciążących na nim obowiązków wynikających z art. 110 ust. 2 ustawy. Ponadto, co równie istotne, z dokumentów złożonych przez odwołującego wraz z oświadczeniem o samooczyszczeniu wynikało, że zdarzało mu się już być wykluczonym z wcześniejszych postępowań za wprowadzenie zamawiających w błąd przez podanie nieprawdziwych informacji wskazanych w JEDZ (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy). Trudno w tej sytuacji uznać, że samooczyszczenie odwołującego było skuteczne, skoro w tym postępowaniu odwołujący również przedstawił zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd (udzielenie w Oświadczeniu JEDZ odpowiedzi "NIE" na pytania dotyczące podstaw z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy). JEDZ zgodny z oświadczeniem o przeprowadzeniu samooczyszczenia został przez odwołującego B(I)... złożony dopiero po wykluczeniu go z postępowania (wniosek o reasumpcję z 19 lipca 2023 r. z załącznikami).

Zamawiający, wbrew twierdzeniu odwołującego, nie miał w tej sytuacji podstaw do powzięcia wątpliwości, co do spójności złożonych przez Wykonawcę dokumentów, ale dowód na podanie nieprawdziwych informacji w treści oświadczenia JEDZ. Przeciwna interpretacja prowadziłaby bowiem do wniosku, że oświadczenie JEDZ nie ma żadnego realnego znaczenia w postępowaniu i składane jest tylko w celu spełnienia formalnego wymogu.

Dowody złożone przez odwołującego B(I)... w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron Izba uznała za co najmniej spóźnione. Jeśli odwołujący chciał za ich pomocą wykazać, że nie powinien być wykluczony z postępowania, to właściwym do tego etapem była ocena dokonana przez zamawiającego. Odwołujący nie może oczekiwać, że Izba uzna, że zamawiający naruszył przepisy ustawy przez nieuwzględnienie informacji, którymi z przyczyn leżących po stronie odwołującego, nie dysponował. Odwołujący samodzielnie złożył oświadczenie o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia, sam więc decydował o tym jakie dokumenty złoży wraz z tym oświadczeniem. Winien mieć przy tym świadomość, że warunkiem sine qua non prawidłowego wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7-10 ustawy to zachowanie należytej staranności. W tej sprawie nie budzi wątpliwości, że odwołujący B(I)... nie tego warunki nie spełnił. Izba wskazuje w tym zakresie omówioną już kwestię niezgodności treści JEDZ z późniejszymi informacjami zawartymi w Oświadczeniu o samooczyszczeniu, ale też fakt, że - jak twierdził odwołujący - z winy jego pracownika nie doszło do przekazania zamawiającemu kluczowych informacji tj. dokumentu Oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych datowanego na 6 lipca 2023 r".

Ponadto zamawiający zwraca uwagę, że materiał dowodowy, który został złożony w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. w dniu 09.02.2024 r. (Wyjaśnienia_BBC Informacje sporne 27.01 2024.pdf z dnia 27.01.2024 r.), nie stanowi odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, a jest jedynie samoistnym działaniem wykonawcy, który uzupełnia dokumenty złożone uprzednio wraz z ofertą we wskazanym postępowaniu.

Wykonawca po raz kolejny złożył wyjaśnienia (Wyjaśnienia_BBC Informacje sporne 27 01 2024.pdf z dnia 27.01.2024 r.), które stanowią oświadczenie w przedmiocie informacji o sprawach spornych z zaznaczeniem, że oświadczenie nie stanowi samooczyszczenia.

Tym samym zamawiający stwierdził, że Wykonawca podtrzymuje swoje stanowisko i treść oświadczenia dotyczącego

spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przesłanek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 125. ust. 1 ustawy, w którym to w sposób konkretny zarówno wykonawca jak i podmiot udostępniający zasoby, zaznacza, że nie podlega wykluczeniu na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7) ustawy przy jednoczesnym poinformowaniu zamawiającego o sprawach spornych i opisanu podjętych środków naprawczych w ww. zakresie.

Zdaniem zamawiającego błędna jest strategia wykonawców, którzy nie przyznają, że zaistniała przesłanka do wykluczenia ich z postępowania, lecz „z ostrożności” przedstawiają wyjaśnienia w ramach procedury z art. 110 ust. 2 ustawy. Takie postawienie sprawy wpływa destrukcyjnie na proces self-cleaningu, dodatkowo dostarczając zamawiającemu i konkurencji niekorzystnych o wykonawcy wiadomości, o których mogli oni nie wiedzieć.

Reasumując nie ma takiej konstrukcji samooczyszczenia w ustawie, w której wykonawca może powoływać się na procedurę samooczyszczenia „na wszelkie wypadek”.

W każdym ze złożonych wyjaśnień tj. tym złożonym wraz z ofertą oraz złożonym w toku postępowania (dnia 09.02.2024 r.), Wykonawca zaznacza w podsumowaniu, że załącza do swojego pisma zbiór korespondencji w każdej z ww. spraw, w których doszło do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od Umowy, przedstawia stanowiska Zamawiających oraz stanowiska Wykonawcy i/lub pisma procesowe składane w postępowaniach sądowych.

Używa również w tych wyjaśnieniach (określonych wprost i dosłownie, że „przedmiotowe nie stanowi samooczyszczenia”) sprzecznego określenia, że przedstawia załączniki w postaci uchwał, protokołów, szkoleń itp. na dowód w zakresie skutecznego wdrożenia procedury samooczyszczenia, co powoduje dużą rozbieżność informacji oraz domniemanie o nieprawdziwości tych informacji przez Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający powołuje się po raz kolejny na orzecznictwo, które jasno wskazują, że:

„Informacje na temat samooczyszczenia Wykonawca powinien przedstawić, co do zasady, w oświadczeniu własnym składanym wraz z ofertą albo wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, np. w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia (JEDZ). (Wyrok KIO 1248/20). oraz

„Aby skorzystać z self-cleaning Wykonawca musi przyznać się do deliktu, a jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne.” (Wyrok KIO 1248/20).

Na podkreślenie zasługuje również fakt, że KIO wyrokiem sygn. akt. KIO 449/22 z dnia 14 marca 2022 r w sprawie orzekło:

„Powyższe nie może być jednak zniekształcone i zrozumiane jako przyzwolenie na dokonywanie przez wykonawcę autorskiej oceny tego, czy w stosunku do niego zachodzą przesłanki wykluczenia, co jednak jest rolą zamawiającego. Pytanie wskazane w JEDZ jest proste, a jego formuła dotyczy obiektywnych zdarzeń i daje zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia czy problemy, na które natknął się wykonawca w toku realizacji innych inwestycji są na tyle poważne i na tyle wpływają na obraz wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Weryfikacja ta nie będzie możliwa, jeżeli wykonawca nie dokona notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ. W szczególności, że udzielenie pozytywnej odpowiedzi na sporne pytanie nie oznacza automatycznego wyeliminowania wykonawcy z postępowania, co będzie możliwe dopiero po stwierdzeniu przez zamawiającego zaistnienia wszystkich przesłanek podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Niemniej, w sytuacji, w której wykonawca nie uznaje się za podlegającego eliminacji, nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o określonych w omawianym pytaniu zdarzeniach (nie zaś o całej historii kontraktowej). Podobnie stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie wskazano: "Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który "oczyściłby się" z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musiał być transparentny w tym zakresie i "zaoferować" Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją" (tak wyrok z dnia 23.08.2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19)"

W dalszej części wskazanego wyroku KIO, skład orzekający stwierdził, że:

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinien dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Warunkiem skorzystania z przywrócenia wiarygodności zawodowej przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu, jest przyznanie się do popełnionego błędu (podstawy wykluczenia), poprzez złożenie stosownego oświadczenia w JEDZ. Natomiast odwołujący konsekwentnie stał na stanowisku, że nie doszło do wypełnienia przesłanek wykluczenia, co uniemożliwia zastosowanie procedury self-cleaningu (art. 110 ust. 2 ustawy). Odwołujący nie próbował w przetargu przywrócić swojej wiarygodności korzystając z procedury samooczyszczenia, takie stanowisko pojawiło się dopiero w postępowaniu odwoławczym i to nadal z jednoczesnym negowaniem przyczyn, w związku z którymi miałyby dojść do samooczyszczenia. Przyzwolenie na takie działanie zupełnie wypaczałaby cel instytucji self-cleaningu. To wykonawca winny wprowadzenia zamawiającego w błąd powinien zainicjować procedurę samooczyszczenia, zanim ten fakt uświadomi sobie zamawiający (zanim pozyska informacje, że zaistniała podstawa

wykluczenia). Wykonawca "złapany za rękę" nie może dostać szansy podjęcia działań naprawczych, co byłoby także sprzeczne z zasadami generalnymi ustawy - zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców".

Wykonawca w sposób zamierzony powielił materiał dowodowy próbując wprowadzić u zamawiającego dezorientację. Postępuje w sposób mało precyzyjny i bardzo niedbały.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że w żadnym ze złożonych wyjaśnień (oprócz użycia określenia, że „nie dopuścił się rażącego niedbalstwa”) wykonawca nie odnosi się do przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 5 ustawy zgodnie, z którymi z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyklucza wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Wykonawca w złożonym materiale dowodowym odnoszącym się do sytuacji spornych z innymi Inwestorami w żaden sposób nie nawiązuje do (tak jak to się ma w przypadku przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy) zdarzeń, które mogłyby ukazać bądź opisać brak naruszenia przez niego obowiązków zawodowych. Przykładem takiego naruszenia może być niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (tak w Wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów, miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 par. 2 kc należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, P. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.).

Zgodnie z powyższym zamawiający stwierdził, że za takiego profesjonalistę należy również uznać wykonawcę, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego i jego obowiązkiem jest deklarowanie w składanych dokumentach (oferta, oświadczenia) informacji aktualnych, których stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem ma to ogromny wpływ na decyzje zamawiającego i realizację zamówienia publicznego.

Podsumowując zamawiający po przeprowadzeniu wnikliwej analizy dokumentów złożonych przez wykonawcę jak i inwestorów oraz ocenie stanu faktycznego stwierdził, że zachowanie wykonawcy znacznie podważa jego uczciwość i powoduje, że zamawiający traci zaufanie do wykonawcy przy jednoczesnym podejrzeniu, że nie będzie on pełnił należycie obowiązków umownych (mając na uwadze opisane uchybienia wykonawcy).

Jednocześnie zamawiający po raz kolejny zaznaczył, że wykonawca, miał szansę dokonać tzw. samooczyszczenia w związku z przesłankami wykluczenia określonymi w art. 109 ust. 1 pkt. 5 lub 7 ustawy i dzięki temu nie podlegać wykluczeniu, jednakże z tego nie skorzystał.

Zamawiający po dokonaniu analizy złożonych dokumentów z dnia 09.02.2024 r. oraz w porównaniu ich z dokumentami złożonymi pierwotnie wraz z ofertą wyklucza wykonawcę oraz podmiot trzeci na zasoby którego powołuje się w postępowaniu na mocy art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy a tym odrzuca ofertę wykonawcy na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy.

Ponadto zamawiający zaznaczył, że na dzień dokonania wykluczenia wykonawcy zamawiający nie posiada wiedzy, aby skuteczność i prawidłowość odstąpienia od umów przez ww. inwestorów z wykonawcą była zakwestionowana przez sąd powszechny.

Jednak w ocenie zamawiającego wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, wysunięte roszczenie odszkodowawcze lub naliczenie kar umownych nie musi być usankcjonowane przez sąd.

Dowodem nienależytego wykonania umowy może być w szczególności pozew, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań (tak: „Prawo zamówień publicznych Komentarz” pod red. H.N., M.W., UZP Warszawa 2021, str. 406)

Izba oceniła, że zamawiający przedstawił i odniósł się co całości materiału dowodowego jakim dysponował wydając rozstrzygnięcie w przedmiocie wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Dodatkowe ustalenia jakie poczyniła Izba analizując ten sam zakres materiału dowodowego, co zamawiający:

W zakresie umów zawartych z:

1. Wojskowym Szpitalem Klinicznym Polikliniką SP ZOZ

Odwolujący upatruje braku skuteczności odstąpienia od umowy z nim w:

- opóźnieniu prac projektanta – nie przedstawia żadnych dowodów na tę okoliczność, ani w postaci zgłaszania tego faktu inwestorowi, ani w postaci własnych upomnień kierowanych do projektanta,
- w upływie części terminów umownych przed podpisaniem umowy – faktycznie na podstawie par. 8 pkt. 1 lit. a do c należało uznać, że dotrzymanie tych terminów w sytuacji gdy umowa została zawarta w dniu 11 marca 2021 r. było niemożliwe, nie mniej jednak brak dowodów na to, że odwołujący zabiegał o zmianę postanowień umownych, nie ma też dowodów na to, że inwestor odmówił zmiany tych terminów, ani dowodów na to, że odwołujący uzyskał zmianę tych terminów, choć nie przyjęła ona formy zmiany umowy, nie odniesiono się do tego, w jaki sposób upływ tych terminów wpłynął na zarzuty nieterminowego wywiązywania się z obowiązków, o których pisze inwestor w odstąpieniu,
- umowa miała być świadczona od 11 marca 2021 do 30 listopada 2022 r. – tym samym odstąpienie w dniu 9 grudnia 2021 r. nastąpiło w połowie okresu, na jaki została zawarta, co oznacza że w znacznym stopniu jej nie wykonano,
- upływ nieco ponad jednego miesiąca od zapłaty za weryfikację dokumentacji do odstąpienia miałby świadczyć o braku przesłanki długotrwałego zaprzestania wykonywania obowiązków – nie można tej okoliczności zweryfikować na podstawie złożonych dokumentów, bo nie wiadomo, czy i w jaki sposób inwestor i odwołujący uzgodnili nowy termin określony w par. 8 ust. 1 lit. a i b, nie można też ustalić, jaki czas zamawiający pierwotnie zakładał dla dokonania tej czynności, bo nie wiadomo na kiedy pierwotnie było przewidziane podpisanie umowy, co oznacza, że odwołujący nie wykazał, że terminowo realizował swoje obowiązki umowne, nie można też nie dostrzec, że przez okres od połowy marca do początku grudnia 2021 nie zostało wszczęte postępowanie przetargowe mające wyłonić wykonawcę robót, które miały być ukończone do 30 listopada 2022, a nie odwołujący nie wyjaśnił, ani nie przedstawił dowodów na to, że zabiegał o wgląd do dokumentacji przygotowywanej przez zamawiającego, że oczekiwał jej przekazania, że domagał się spotkań w celu uzgodnienia postępowania wobec projektanta, ale także wobec zamawiającego w celu doprowadzenia do umożliwienia mu wykonywania umowy, jeśli faktycznie twierdził, że faktycznie wystąpił brak umożliwienia mu udziału w przygotowaniu procedury przetargowej,
- konieczności przeprojektowania związanego z wzmocnieniem ścian, słupów i fundamentów jest wskazana zarówno w odstąpieniu inwestora, jak i w piśmie odwołującego z 22 grudnia 2021r., ale strony pozostają w sporze, co do oceny tej czynności – odwołujący nie przedłożył dowodów na to, że ekspertyza posiadana przez inwestora z 2017 r., była niezgodna z prawem budowlanym, czy wadliwa, nie wykazał, że faktycznie przyjęcie jego rozwiązań było konieczne i miało na celu ochronę zamawiającego, nie można też ustalić, o jaki czas wydłużyło to proces weryfikacji dokumentacji projektowej, brak dowodów na to, że odwołujący oczekiwał z tego wydłużenia terminów realizacji kolejnych etapów zamówienia tj. terminów określonych w par. 8 ust. 1 lit. c i d,
- faktycznie dowody przedłożone przez odwołującego świadczą o jego aktywności w zakresie dochodzenia roszczeń od inwestora, natomiast nie zostało wskazane, że termin na dochodzenie roszczeń przez inwestora upłynął lub uległ przedawnieniu, tym samym w ocenie Izby brak dowodu na to, że inwestor zrezygnował z dochodzenia roszczeń wobec odwołującego, okoliczność przeciwna wynika z pisma inwestora skierowanego do zamawiającego.

Sprawa sygn. akt KIO 665/22 nie stanowi powagi rzeczy osądzonej ponieważ zapadła pomiędzy innymi stronami, a ponadto Izba analizowała treść informacji o odrzuceniu oferty odwołującego dokonanej przez innego zamawiającego i opartej o inny zakres argumentacyjny oraz dowodowy.

2. Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej „Żyrardów” Sp. z o.o.

Izba ustaliła, że faktura VAT nr 2/12/21 dotycząca płatności za III kwartał została wystawiona w dniu 13 grudnia 2021 z terminem płatności 12 stycznia 2022 r. Wezwanie do zapłaty zostało wystosowane 13 stycznia 2022 r., a odstąpienie przez odwołującego nastąpiło w dniu 17 stycznia 2022 r. przy czym z par. 41 umowy w PGK Żyrardów wynika, że umowne prawo odstąpienia przysługiwało odwołującemu ze skutkiem na 90 dni po złożeniu zamawiającemu oświadczenia o odstąpieniu od umowy, jeżeli inwestor pomimo pisemnego wezwania nie wywiązuje się ze swoich wymagalnych zobowiązań finansowych wobec Inżyniera Kontraktu i pozostaje w opóźnieniu z ich zapłatą przez okres dłuższy niż 60 dni (chyba, że zawieszono wykonanie Umowy). Taka sytuacja nie miała miejsca w tym postępowaniu, odwołujący odstąpił od umowy po upływie 5 dni od upływu terminu wymagalności wierzytelności z faktury nr 2/12/21, co powoduje, że odstąpienie przez odwołującego było niezgodne z par. 41 zawartej z inwestorem umowy. To oznacza, że w obrocie funkcjonuje jedyne skuteczne odstąpienie z dnia 11

stycznia 2022, które odwołujący otrzymał w dniu 27 stycznia 2022 r. Faktycznie wszystkie wskazane w tym odstąpieniu uchybienia mają miejsce pomiędzy 10 grudnia 2021, a 10 stycznia 2022, jednak tezy odwołującego o doręczeniu wezwań do usunięcia uchybień w dacie doręczenia odstąpienia nie zostały wykazane. Możliwe było złożenie tych wezwań – odwołujący był w ich posiadaniu, co wykazywałoby tak twierdzenie odwołującego o dacie ich doręczenia, jak i mogło potwierdzić tezę odwołującego, że uchybienia wskazywane w tych pismach były gołosłowne i nieskonkretyzowane. W ocenie Izby nie było konieczności przywoływania treści pism wymienionych w odstąpieniu, jeśli wykonawca był w ich posiadaniu, tym samym przyczyny zarzucanych opóźnień i uchybienia obowiązkom mogły wynikać z przywołanych przez inwestora w odstąpieniu wezwań, a odwołujący nie wykazał, że wezwania te były mu doręczone w taki sposób, że zadośćuczynienie wezwaniom w terminie było niemożliwe, albo, że same wezwania nie konkretyzowały faktycznych uchybień odwołującego.

3. Szkołą Główną Gospodarstwa Wiejskiego

Izba dała wiarę wyjaśnieniom odwołującego co do braku interesu w zaskarżeniu informacji o odrzuceniu jego oferty przez SGGW w sprawie nr DINT.250.8.2022 z dnia 27 stycznia 2023 r., bowiem odwołujący został odrzucony z trzech podstaw prawnych art. 226 ust. 1 pkt 18 – nie odbył obowiązkowej wizji, art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z 224 ust. 6 ustawy nie wykazał, że wykona zamówienie za zaoferowaną cenę i z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z uwagi na wcześniejsze rozwiązanie umowy z SGGW. W ocenie Izby odwołujący nie byłby w stanie wykazać interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody, gdyby kwestionował jedynie część ze wskazanych podstaw odrzucenia, a jeśli nie odbył obowiązkowej wizji, co jest okolicznością zero jedynkową łatwą do wykazania, to zaskarżenie pozostałych podstaw odrzucenia nie mogłoby być uznane za leżące w jego interesie w uzyskaniu zamówienia, bo nie wpływałoby na wynik postępowania i sytuację odwołującego w postępowaniu, w ocenie Izby zatem nie można podzielić ustalenia zamawiającego, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do zaskarżenia decyzji SGGW w sprawie DINT.250.8.2022

- Izba ustaliła nadto, że projektant konstruktor był obecny na dwóch naradach koordynacyjnych w dniu 24 sierpnia 2021 i 7 września 2021 – brak możliwości ustalenia, co było przedmiotem tych narad, z przedstawionego załącznika nr 26 wynika, że pytania były Generalnemu wykonawcy udzielane, części udzielał pan M.J., w tym m. in. do tych nr 30-35, które przesłał inwestor zamawiającemu, część odpowiedzi była udzielana po terminie wskazanym w pytaniu nr. NA 01, odpowiedzi na pytania 30-35, w części nie wskazano kto udziela odpowiedzi i w jakim terminem np. NA 04, NA 05, część zarzutów do konstrukcji udzielający odpowiedzi uznawali za nieuzasadnione np. NA5 wskazując, że zmiana była przedstawiona zamawiającemu przed wyborem generalnego wykonawcy – odp na pyt. 0149 dot. RFI 57 i dot. RFI 16, gdzie dodatkowo wskazano, że prosi się wykonawcę o zaprzestanie zamieszczania komunikatów w zapytaniach o dodatkowych kosztach lub zwiększeniu zakresu, w odpowiedzi na pyt. 163 projektant wskazuje na błąd generalnego wykonawcy polegający na zamawianiu zbrojeń według rysunków szalunkowych, a nie zbrojeniowych, pod koniec sierpnia 2021 wydać narastający konflikt pomiędzy projektantem M.J., a generalnym wykonawcą, który zarzuca błędy w projektowaniu konstrukcji, projektant się z tymi zarzutami nie zgadza i zaleca by betonować w jednym cyklu, pojawiają się zarzuty GW o brak przekazania obciążeń, BBC zarzuca GW zły wybór wykonawcy płyt prefabrykowanych w pyt. 201, 209 ujawnia się już bardzo duży konflikt odwołującego z GW, pojawiają się groźby, zarzuty nieuzasadnionego przestoju, pojawiają się problemy z otworowaniem, w odpowiedzi pyt. 213 konstruktor przyznaje się do błędu i zaleca jego naprawienie przez zgięcie prętów, w odpowiedzi na pytania z października 2021 odwołujący wskazuje na to, że przekazał 31 sierpnia 2021 informacje stanowiące odpowiedzi na ponawiane przez GW pytania – zamawiającemu. Z Dziennika budowy wynika, że projektantem konstrukcji z ramienia odwołującego był M.J., 7 października 2021 r. kierownik budowy zgłosił wstrzymanie robót wykonania belki żelbetowej oraz elementów towarzyszących w osi 11/Am2 oraz 12A N2 z uwagi na ryzyko awarii konstrukcji z powodu licznych błędów projektowych, pytań do projektanta konstrukcji i braku odpowiedzi, 13 października 2021 wstrzymano wykonanie wykopu pod ławy fundamentowe i zamawianie stropów prefabrykowanych na kondygnacji -1, wstrzymano zasypywanie ścian – notatka koordynacyjna z 12 października, inspektor nadzoru p. K. powołuje się na opinię konstrukcyjną Mol-Bud, wpisy 19.10 ujawniają problem z pracami sanitarnymi wprowadzono rewizje, 05.11 wpis kierownika budowy wskazujący na wstrzymanie robót z uwagi na problemy konstrukcyjne, p. poż. sanitarne – powołano się na opinie p. Radonia i Inventim, które przedstawił następnie inwestor zamawiającemu wraz z pismem SGGW z dnia 5 listopada 2021, wpis z 10.11 wskazuje na zejście z placu budowy firm podwykonawczy prac żelbetowych, zbrojeniowych i ciesielskich, wpis 29.11 informacja o dalszym braku możliwości prowadzenia robót

zgodnie z harmonogramem, od tego momentu rozpoczynają się prace zabezpieczające, wpis z 12.12 w związku ze stanowiskiem projektanta konstrukcji p. M. Jurkiewicza oraz autorów jednostki projektowej BBC Inspektor nadzoru p. K. wezwał do natychmiastowego wznowienia robót, 12.12 kierownik robót wskazał, że w związku z odstąpieniem od umowy i wyznaczeniem terminu inwentaryzacji Skanska nie przystąpi do wznowienia robót, ostatnie wpisy pochodzą z 23.03.2022 i dotyczą zakończenia pełnienia funkcji na obiekcie. Zamawiający nie dokonał ustaleń z pisma inwestora do odwołującego z 5 listopada 2021 r., w którym inwestor przedstawił ostateczne stanowisko o ustanowieniu inwestora zastępczego, w piśmie tym wskazano na szereg braków, wadliwości, uchybień wykonawcy opisanych w 18 punktach oraz załączono opinie p. poź. i projektu branży sanitarnej, które odwołujący w piśmie z 1 grudnia 2021 uznał za nieskonkretyzowane, niezasadne lub wyjaśnione i odniósł się do tych zarzutów zamawiającego, ale nie załączył do pisma, żadnych dowodów, które pozwoliłyby na weryfikację poprawności stanowiska.

4. Ośrodkiem Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz

Zamawiający wiernie i prawidłowo ustalił stan faktyczny. Jedyne nie opisał w sposób szczegółowy ustaleń i wniosków opinii prywatnej przedstawionej przez odwołującego, w ocenie Izby o ile niewątpliwie w procesie, opinia prywatna jest traktowana jako stanowisko strony, która ją zleciła, o tyle nie ma przeszkód, aby strony przyszłego stosunku zobowiązaniowego wykazywały sobie rzetelność wszystkimi dostępnymi środkami. Opinia ta mogła stanowić element ułatwiający zamawiającemu ocenę współpracy odwołującego z inwestorem, natomiast Izba zgadza się z zamawiającym, że odwołujący nie składając jakichkolwiek dowodów (a wymienionych przecież w opinii biegłego prywatnej jako opis przedmiotu zamówienia, notatki z narad i korespondencja z inwestorem) nie wykazał, że faktycznie doszło do sytuacji, w której inwestor zlecił wykonanie dokumentacji wykraczającej w istotny sposób poza opis przedmiotu zamówienia na podstawie którego odwołujący złożył ofertę w postępowaniu OSIR Żoliborz. Brak tych dokumentów uniemożliwia też Izbie ocenę złożonego dowodu tj. opinii prywatnej odwołującego, ani nie pozwala na podjęcie decyzji o dopuszczeniu z urzędu do powołania biegłego sądowego, który mógłby udzielić wiadomości specjalnych, czy faktycznie oczekiwania OSIR Żoliborz co do zakresu dokumentacji projektowej wykraczały poza treść opisu przedmiotu zamówienia, jak również po czyjej stronie leżało obowiązek inwentaryzacji zadrzewień i nasadzeń podnoszony przez odwołującego jako argument braku możliwości uzyskania decyzji środowiskowej. Brak jest też dowodu na to, że zamawiający wiedział i godził się na przyjętą przez odwołującego kolejność występowania do właściwych urzędów, to jest wystąpienia do BOŚ po złożeniu wniosku o pozwolenie na budowę.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy przez wykluczenie odwołującego z postępowania w związku z niezasadnym przyjęciem, że odwołujący z w związku z niezasadnym przyjęciem, że odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, a w konsekwencji uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy ;, pomimo, że odwołujący nie naruszył w sposób zawiniony poważnie obowiązków zawodowych, co rzekomo miałyby podważać uczciwość odwołującego, w szczególności odwołujący nie dopuścił się niewykonania zamówienia lub nienależytego wykonania zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, oraz zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy przez wykluczenie odwołującego z postępowania w związku z niezasadnym przyjęciem, że odwołujący z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszych umów w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od tych umów, zasądzenia odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, a w konsekwencji uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy, pomimo, że w stosunku do odwołującego nie doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego 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

Zarzuty zostaną rozpoznane łącznie. W pierwszej kolejności Izba podziela stanowisko zamawiającego, że dwukrotne wyjaśnienia odwołującego, ale również odwołanie i pismo złożone na rozprawie koncentrują się na przesłance z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy tj. na tym, że odstąpienia przez inwestorów były niezawinione przez odwołującego, nieskuteczne, albo

niezgodne z postanowieniami umownymi. Natomiast odwołujący nie koncentruje ani materiału dowodowego, ani własnego stanowiska na ocenie jego zachowań przez pryzmat poważnego zawodowego wykroczenia, co z kolei w ocenie Izby jest istotą stanowiska zamawiającego. Zamawiający nie koncentruje się, wbrew zdaniu odwołującego, na fakcie odstąpienia od umowy przez inwestorów, ale przede wszystkim podkreśla rodzaj, rozmiar i znaczenie uchybień odwołującego, które zamawiający uznał za udowodnione. Zamawiający przeanalizował wnikliwie i szczegółowo tak stanowiska i dowody złożone przez odwołującego jak i dowody i wyjaśnienia przedstawione przez inwestorów. Wskazał dla każdej z umów na to jakie okoliczności uznaje za zawinione przez odwołującego, określił istotność lub długotrwałość uchybień, wskazał na swoją ocenę ich wpływu na osiągnięcie celu zamówienia. Przedstawił szczegółowo ocenę wyjaśnień i dowodów odwołującego, wskazał dlaczego albo nie dał im wiary, albo uznał je za niewystarczające. Wskazał dowody, na których się oparł. Przede wszystkim faktycznie były to stanowiska inwestorów, ale za każdym razem zamawiający wnikliwie je analizował i konfrontował z przedstawionymi dowodami, w tym udostępnionymi umowami ustalając zakresy obowiązków ciążących na odwołującym. Nie pomijał również argumentacji podnoszonej przez odwołującego, co do rzeczywistych (według odwołującego) przyczyn złożenia oświadczeń o odstąpieniu, jednak wobec braku dowodów uznał je za gołosłowne. Odwołujący przywołuje przepisy art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 i powołuje się na konieczność łącznego spełnienia przesłanek z tych przepisów. Należy się zgodzić, że zamawiający powinien dokonać szczegółowej i zindywidualizowanej oceny sytuacji odwołującego we wskazanych przez niego spornych inwestycjach i wskazać jakie fakty w jego ocenie zostały ustalone i na podstawie jakich dowodów. W ocenie Izby zamawiający wyjątkowo wnikliwie i wielowątkowo prowadził analizę zachowań odwołującego w związku z inwestycjami, które nie zostały przez odwołującego ukończone. Zamawiający wskazał dlaczego uważa, że odstąpienia od umów wynikały z przyczyn leżących po stronie odwołującego, wyjaśnił w czym upatruje się niedbalstwa wykonawcy, jaki w jego ocenie był skutek dla inwestorów wynikający z wcześniejszego zakończenia umów. Wskazał także na obowiązki wynikające w zakresie nadzoru autorskiego z ustawy prawo budowlanej jak i w zakresie szerszym jakie przyjął na siebie odwołujący w ramach zawartych umów. Odwołujący wprawdzie wskazał w szeregu swojej argumentacji na nieprawidłowości po stronie zamawiających czy to jak w przypadku zamawiającego z Lublina na błędy projektanta wymagające sporządzenia dokumentacji zamiennej w zakresie wzmocnienia fundamentów słupów, które miały uzasadniać długotrwałość procesu weryfikacji dokumentacji projektowej jednak na tę okoliczność nie przedstawił jakichkolwiek dowodów. Brak jest podważenia ekspertyzy przez inwestora pochodzącej z 2017 r i mówiącej o dopuszczalnej nośności stropów, które wskazywałyby na faktyczną konieczność przeprojektowania części dokumentacji. Zamawiający ustalił, że inwestor przeczył potrzebie wykonania takiej zmienionej dokumentacji, co więcej z żadnego dokumentu nie wynika, że odwołujący zgłaszał inwestorowi potrzebę uaktualnienia terminów z paragrafu 8 tu w interesie odwołującego leżało zadbanie o to aby te terminy były realne, zatem powoływanie się obecnie na to że 3 z 5 terminów upłynęły nie może być uznane prawidłowo działanie wykonawcy odwołujące. Jako odpowiedzialny i profesjonalny wykonawca powinien dbać o to, aby umowa, którą podpisał zawierała postanowienia możliwe do realizacji. Nie ma żadnego dowodu na to, że odwołujący podjął jakiejkolwiek czynności w celu zaktualizowania wiążących go terminów. Odwołujący nie przedstawił ani uzgodnień z zamawiającym narad z projektantem, z których wynikałoby, że dokonanie aktualizacji projektu wzmocnienia fundamentów, słupów, belek było konieczne, nie przedstawił ani ekspertyzy inwestora z 2017, ani własnej kontr ekspertyzy uzasadniającej konieczność wykonania dokumentacji zamiennej. Odwołujący nie wykazał też wpływu tych czynności na terminowość świadczonej usługi możliwość przystąpienia do prac nad wyłonieniem wykonawcy robót. W przypadku, gdy odwołujący twierdzi że nie zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia, to dowody przedstawiane przez niego zamawiającemu powinny udowodnić i przekonać zamawiającego do tego zawarcie umowy z wykonawcą nie będzie powodować negatywnych skutków dla zamawiającego. W ocenie Izby w postępowaniu WSK z Polikliniką w Lublinie odwołujący temu nie sprostał.

Co do PGK Żyrardów, to Izba ustaliła że odstąpienie od umowy przez odwołującego było nieskuteczne w rozumieniu paragrafu 41 umowy. Tym samym w obrocie prawnym pozostaje wyłącznie odstąpienie PGK Żyrardów. Odwołujący wskazywał, że wezwania do usunięcia uchybień, które inwestor wymienił w odstąpieniu zostały mu doręczone równolegle z samym odstąpieniem, jednak dowodu na tę okoliczność nie przedstawia. Faktycznie wezwania wymienione przez inwestora noszą daty od 10 grudnia 2021 do 10 stycznia 2022, ale sam ten fakt nie powoduje, że należy ocenić, że inwestor sporządzał je celowo z zamiarem wywołania wrażenia uzasadnionego odstąpienia. Nadto odwołujący nie przedstawił tych wezwań i nie wskazał dlaczego uważa je za niezasadne albo choćby raportu kwartalnego za 4 kwartał 2021, z którego dałoby się ustalić jakie obowiązki wykonywał w tym terminie, tym samym nie dostarczył argumentacji, która mogłaby przemawiać na jego korzyść. Ustalenia natomiast poczynione przez zamawiającego mają oparcie w dowodach, którymi zamawiający dysponował w postaci umowy, odstąpienia obu stron, stanowiska inspektora, co do nieskuteczności odstąpienia przez odwołującego.

Odnosząc się do umowy z SGGW, to Izba dostrzegła jest pewną okoliczność dotyczącą wpisu do Dziennika budowy z 12 grudnia w 2021 świadcząca o tym, że mogło dojść pomiędzy odwołującym, a inwestorem, do jakichś ustaleń, które

spowodowały, że nakazano generalnemu wykonawcy niezwłoczne wznowienie robót. Niestety do tego wpisu odwołujący w ogóle się nie odniósł, nie powołał go jako okoliczności na swoją korzyść, ani nie wyjaśnił, co wydarzyło się pomiędzy 29 listopada 2021 (informacja o dalszym braku możliwości wykonywania robót, a 12 grudnia 2021, że inspektor nadzoru Zdzisław K. nakazał podjęcie robót przez Generalnego wykonawcę. Brak jakiegokolwiek korespondencji z tego okresu, czy też pisemnych ustaleń czynionych między inwestorem, a odwołującym. Przeciwnie inwestor dostarczył zamawiającemu pismo z 5 listopada 2021 r. zawierające wyszczególnienie uchybień odwołującego w 18 punktach i wskazującego na ostateczną decyzję inwestora, co do powołania inwestora zastępczego. Jak wynika z pisma SGGW do zamawiającego z 19 stycznia 2024 r. dokumentacja, która uzyskała pozwolenie na budowę i stanowiła podstawę wyboru generalnego wykonawcy (co podkreślał w swoich wyjaśnieniach odwołujący) została przez inwestora wykonana ponownie w ponownym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Gdyby zatem jak tłumaczy odwołujący, to trudności wykonawcy Skanska były faktyczną przyczyną nieukończenia budowy, to inwestor nie zlecałby nowego projektu. Z szeregu dokumentów wynika bowiem odwołujące wykonał w sposób nieprawidłowy dokumentację projektową w zakresie konstrukcji, zabezpieczenia p.poż. jak i w zakresie branży sanitarnej. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów na to, że przekonał inwestora że jego dokumentacja była prawidłowa. Nie ma też dowodów na to, że Skanska miała jakiegokolwiek braki kadrowe, że nie do szacowała inwestycji wobec wystąpienia inflacji. Są to wyłącznie twierdzenia odwołującego. Przeciwnie z dokumentów wynika, że co najmniej w jednym przypadku projektant konstruktor wprost przyznał, że dokumentacja jest wadliwa a wykonane prefabrykaty nakazał zagiąć. Z dokumentacji wynika również że poza 2 przypadkami na naradach koordynacyjnych nie brał udziału M.J. złożonej dokumentacji wynika również, że generalny wykonawca i odwołujące pozostawali w sporze co do tego czy dokumentacja jest kompletna. Co więcej z wpisu w Dzienniku budowy kierownika budowy dotyczącego notatki koordynacyjnej z 12 października 2021 r. wynika, że zamawiający podzielając stanowisko Skanska polecił wstrzymać część prac konstrukcyjnych. Twierdzenia odwołującego, o tym, że argumenty inwestora są gołosłowne, zostały mu wyjaśnione lub są niezwyfikowane - nie znajdują potwierdzenia pozostałych dowodach. Przeciwnie twierdzenia inwestora pokrywają się zapytaniem kierowanymi przez generalnego wykonawcę do projektanta wpisami w dzienniku budowy. O tym że projektant konstruktor unikał odpowiedzi na pytania, nie uczestniczył w naradach koordynacyjnych świadczą liczne zastrzeżenia do jego pracy i decyzja inwestora wyłonieniu inwestora zastępczego. Sam odwołujący przedstawił wyciągi z list obecności na kilkunastu naradach koordynacyjnych, gdzie nazwisko pana Jurkiewicza widnieje jedynie na dwóch. Co więcej odwołujący nie przedstawił utrwalonej treści tych narad, która mogłaby wykazać, że konstruktor udzielił tak inwestorowi jak i generalnemu wykonawcy wyczerpujących wyjaśnień dotyczących sporządzonej przez niego dokumentacji. Odwołujący nie przedstawił też dowodu obalającego tezy wynikające z udostępnionych przez inwestora opinii sporządzonych na zlecenie generalnego wykonawcy dotyczących zabezpieczenia p.poż. i dokumentacji projektowej w branży sanitarnej. W ocenie Izby dokonana przez zamawiającego analiza całokształtu współpracy odwołującego z inwestorem została dokonana prawidłowo. Zamawiający nie pominął stanowiska odwołującego, ale ocenił jego w kontekście posiadanych dowodów. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zamawiający zdawał pytania tendencyjne inwestorom. W ocenie Izby zamawiający dostosowywał pytania do informacji, jakie wynikały mu z analizy dowodów dostarczonych przez odwołującego. Określał też jakie dowody chciał pozyskać od inwestorów, to że nie były one takie jakich oczekiwałby odwołujący, nie oznacza że zamawiający nie przeprowadził swoich czynności w sposób prawidłowy. W ocenie Izby okoliczności związane z wykonaniem umowy SGGW ustalone przez zamawiającego na podstawie dowodów przedstawionych tak przez odwołującego, jak i inwestora prowadziły do powstania po stronie zamawiającego uzasadnionych wątpliwości co do rzetelności wykonawcy i powodzenia przyszłego zamówienia publicznego. Zamawiający wnikliwie i szeroko z analizował przedstawione mu dokumenty odniósł do wszystkich dowodów to, że uczynił to w sposób odmienny niż oczekiwał odwołujący nie oznacza było to wadliwe. W ocenie Izby zamawiający nie poprzestał wyłącznie na ocenie odstąpienia przez inwestora, ale analizował przedstawionemu dokumenty tak przez odwołującego i inwestora i przedstawił swoją ocenę ich wiarygodności mocy dowodowej. Zdaniem Izby nie można zarzucić zamawiającemu wadliwości tej czynności.

Przechodząc do umowy z OSIR Żoliborz, to rację należy przyznać zamawiającemu, że brak jest jakiegokolwiek dowodów to, że zlecane były wykonawcy odwołującemu się roboty dodatkowe. Owszem jest o tym mowa w opinii prywatnej odwołującego, natomiast bez złożenia przez odwołującego notatek z narad koordynacyjnych, korespondencji wymienianej z inwestorem, która mogłaby potwierdzać prawidłowość ustaleń biegłego nie można ocenić wiarygodności tego dowodu, co oznacza, że zamawiający prawidłowo zakwalifikował go jako stanowisko własne odwołującego. Niewątpliwie natomiast wykonawca złożył projekt budowlany z wnioskiem o wydanie pozwolenia, który był niekompletny, choćby tylko z tego faktu, że dopiero po jego złożeniu wystąpił o decyzję środowiskową. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że takie postępowanie było uzgodnione i zaakceptowane przez inwestora, a przeciwnie stanowiska inwestora temu przeczą. Być może istnieją dowody, że odwołującemu zlecano prace poza opisem przedmiotu zamówienia, na który ofertował, ale takie dowody nie zostały przeprowadzone przed Izbą. Pismo z 21 stycznia 2023 i pismo o odstąpieniu

od umowy OSIR Żoliborz nie wskazują na to, że poza błędami w przygotowaniu dokumentacji projektowej istniały jakiegokolwiek inne okoliczności które miały wpływ na prawidłowość wykonania zamówienia. To odwołujący powołuje się na to, że zlecono szereg zmian w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia, w tym wynikających z oczekiwania inwestora, że obiekt będzie odpowiadał wymaganiom PZLA i PZPN. Odwołujący powinien był nie poprzestać na twierdzeniach, ale będąc w posiadaniu dowodów (skoro na ich podstawie czyni ustalenia biegły prywatny) ich nie przeprowadził twierdzenia, co oznacza, że twierdzenia odwołującego pozostają zatem gołosłowne i nieudowodnione. Zamawiający także w przypadku tej inwestycji wskazał na obowiązki odwołującego wynikające z umowy, ale także z prawa budowlanego, związane z uzyskaniem pozwolenia na budowę, zwrócił uwagę na niezgodne z prawidłowym działaniem projektanta składanie niekompletnego wniosku o pozwolenie na budowę, nie zachowanie dbałości o komunikację z Urzędem w przedmiocie procedowania wniosku, brak akceptacji przez zamawiającego kolejnych poprawianych wersji dokumentacji projektowej, na zastrzeżenia podnoszone przez BOŚ wobec wniosku o wydanie decyzji środowiskowej. W ocenie Izby zamawiający w sposób wyczerpujący również i w tym przypadku wskazał jakim obowiązkom uchybił odwołujący, dlatego uważa, że było to przez niego zawinione i dlatego ocenił jego postępowanie jako niedbałe.

Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający również wnikliwie i dokładnie analizował orzeczenia tutejszej Izby dotyczące podobnych okoliczności, jakie miały miejsce z udziałem odwołującego. Przy czym zamawiający każdorazowo przedstawił dlaczego uważa, że dane orzeczenie nie ma zastosowania do jego sytuacji w tym postępowaniu. Ponadto Izba bada działania i zaniechania zamawiającego, a skoro różni byli w tych postępowaniach zamawiający i różny był sposób sporządzania przez nich informacji o wyniku postępowania, w tym odrzucenia oferty odwołującego, to nie można uznać, że orzeczenia te stanowią swoisty prejudykat do oceny zachowania tego zamawiającego. Izba wydaje, to rozstrzygnięcie wyłącznie w oparciu o materiał dowodowy i twierdzenia stron, jakie są jej dostępne na moment z orzekania. W ocenie Izby w taki sam sposób każdorazowo wypowiedziała się Izba w powoływanych tak przez odwołującego jak i przez zamawiającego rozstrzygnięciach. Każdorazowo zapadają one w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy oraz z uwzględnieniem argumentacji podnoszonej przez stronę stąd też poczyniony w obecnym stanie faktycznym ustalenia przez Izbę znaczenie dla rozstrzygnięcia wyłącznie tego sporu. Izba ocenia wyłącznie, to czy zamawiający miał podstawy do wykluczenia wykonawcy w oparciu o wskazane podstawy prawne, a nie o wzajemnych roszczeniach pomiędzy inwestorami a odwołującym. Izba przede wszystkim musiała zbadać, czy zamawiający w sposób zindywidualizowany i wszechstronny podszedł do przedstawionych mu informacji, czy tok jego procesu myślowego był prawidłowy i logiczny poparty dowodami, którymi w dacie wydawania decyzji o wykluczeniu odwołującego dysponował. Izba ocenia także to, czy zamawiający odniósł się do wszystkich przesłanek wynikających z przepisów art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy i czy udało mu się je wykazać. W ocenie Izby tak się właśnie stało i to pozwala Izbie uznać czynności zamawiającego za prawidłowe. Izba podkreśla odrębność procesu cywilnego od procesu odwoławczego i nie jest rolą Izby ustalać faktycznie całokształt relacji cywilnoprawnych pomiędzy inwestorami, a odwołującym. Jest to bowiem kognicja sądu powszechnego, w sprawach cywilnych. W tym postępowaniu Izba ocenia czynność zamawiającego. Istotą przesłanek fakultatywnych artykułu 109 ust.1 punkt 5 i 7 jest to, aby chodzi o to aby bez wyroku sądu powszechnego zamawiający nie był zmuszony do zawierania umowy z wykonawcą, co do którego rzetelności zachodzą uzasadnione wątpliwości, ale z drugiej strony, aby obawa przed potencjalnie nierzetelnym wykonawcą nie powodowała automatyzmu w wykluczaniu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Z tego też względu każdorazowo zamawiający musi przeprowadzić pogłębioną analizę sytuacji, w której znalazł się dany wykonawca i ocenić czy na podstawie dostępnych zamawiającemu dowodów jest w stanie wykazać przesłanki wynikające z tych podstaw wykluczenia. Co jak ocenia Izba w tej sprawie zamawiającemu się udało. Na koniec warto jeszcze powołać wyrok TS z dnia 13 grudnia 2012 r., C-465/11 TSUE w wydanym orzeczeniu przychylił się do stanowiska rządu polskiego co do zakresu pojęcia „poważne wykroczenie zawodowe” (rozumianego jako „wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, a nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, które stwierdzone są przez organ dyscyplinarny ustanowiony dla tego zawodu lub w prawomocnym orzeczeniu sądowym”). Uznał jednak, że terminem tym należy objąć te zachowania danego wykonawcy, które wykazują zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 110 ust. 3 ustawy przez uznanie, że przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia w zakresie działań podjętych w ramach samooczyszczenia są wystarczające do wykazania jego rzetelności Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący jednoznacznie i stanowczo oświadczył, że wyjaśnienia przez niego składane nie stanowią samooczyszczenia. Aby dokonanie samooczyszczenia było możliwe, jak słusznie wskazywał zamawiający i powoływał na tę okoliczność liczne przykłady stanowiska orzecznictwa, konieczne jest, aby wykonawca podlegał wykluczeniu i przyznał się do tego. Bez takiego oświadczenia wykonawcy powoływanie się na dokonanie czynności naprawczych jest nieskuteczne i nie może być oceniane przez zamawiającego przez pryzmat art. 110 ust. 3 ustawy. Izba nie dokonała zatem samodzielnej oceny czynności zamawiającego polegającej na ocenie skuteczności

czynności naprawczych, na które wskazywał odwołujący w swoich dwukrotnych wyjaśnieniach. Izba podobnie jak zamawiający nie może postępować wbrew jednoznaczemu i stanowczemu aktowi woli odwołującego, który nie czuje się winny poważnego zawodowego wykroczenia, ani nie uznaje, że odstąpienia od umów przez zamawiających powstały w okolicznościach jego wyłącznej winy. Co więcej odwołujący okoliczności naprawczych nie podnosi nawet na wypadek, gdyby zamawiający lub Izba dokonały odmiennych ustaleń od odwołującego, co ewentualnie mogłoby wskazywać na to, że odwołujący oczekiwałby oceny skuteczności jego czynności naprawczych jako rzetelnego wykonawcy. Tym samym tak zamawiający jak i Izba mają „związane ręce” co do możliwości oceny skuteczności samooczyszczenia. Z tego względu zarzut należało oddalić, a wywody zamawiającego co do braku skuteczności samooczyszczenia zawarte w informacji o wyniku postępowania ocenić jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5) ustawy oraz w zw. z 7 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt) ustawy przez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego wskutek bezprawnego uznania, że względem odwołującego wystąpiły przesłanki wykluczenia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut jest zarzutem wynikowym. Byłby skuteczny jedynie w przypadku potwierdzenia się któregośkolwiek z zarzutów poprzedzających, co nie miało miejsca. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy GiD Zespół Projektowy jako najkorzystniejszej, mimo że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a sam wybór był co najmniej przedwczesny

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zarzut jest zarzutem wynikowym. Byłby skuteczny jedynie w przypadku potwierdzenia się któregośkolwiek z zarzutów poprzedzających, co nie miało miejsca. Z tego względu zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu oraz koszty wydatków pełnomocnika odwołującego i pełnomocnika zamawiającego i obciążając kosztami uiszczanego wpisu oraz wydatków pełnomocnika zamawiającego - odwołującego. Izba uwzględniła wniosek zamawiającego o zasądzenie wydatków pełnomocnika na podstawie złożonej faktury Vat.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....