

Sygn. akt: KIO 1152/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Danuta Dziubińska
Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę: **Unihouse spółka akcyjna, ul. Rejonowa 5, 17-100 Bielsk Podlaski,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Gdańska Infrastruktura Społeczna spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Ptasia 37, 809 Gdańsk,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy **Firma Budowlana EKOINBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Geodetów 29, 80-298 Gdańsk,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1152/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gdańska Infrastruktura Społeczna sp. z o.o., ul. Ptasia 37, 809 Gdańsk, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Realizacja przedsięwzięcia inwestycyjnego w Gdańsku przy ul. Ogińskiego polegającego na budowie Budynku usługowego A1 z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu na części działek 69/5 i 69/2, obręb 704 w Gdańsku, przy ulicy Ogińskiego, budynku mieszkalnego wielorodzinnego 16-lokalowego – budynek A2 z infrastrukturą techniczną wraz z zagospodarowaniem terenu na terenie działki 69/5, 69/2 obręb 704 w Gdańsku przy ul. Ogińskiego oraz trzech budynków mieszkalnych wielorodzinnych 9-lokalowych z infrastrukturą techniczną wraz zagospodarowaniem teren działki 143/2 i 122/2 obręb 704”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06.09.2023 r., nr 2023/S 171-536733.

W dniu 04.04.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Unihouse S.A., ul. Rejonowa 5, 17-100 Bielsk Podlaski (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Ekoinbud i odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, w której wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania w związku z faktem, iż z przyczyn leżących po jej stronie długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania (względnie nie wykonywał tych zobowiązań), wynikające z wcześniej zawartych umów o udzielenie zamówienia publicznego, co doprowadziło w przypadku:

1.1) umowy o zamówienie publiczne nr 1/A/2020 z dnia 3 sierpnia 2020 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum: Firmą Budowlaną Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. oraz Ekoinbud sp. z o.o. dotyczącej zaprojektowania i wykonania budynku użyteczności publicznej wraz infrastrukturą i małą architekturą w Gdańsku przy ul. Ptasiej 620/2 („Umowa GIS”) do nałożenia na wykonawcę kar umownych oraz wystąpienia z roszczeniami odszkodowawczymi z tytułu szkód poniesionych przez Zamawiającego, jak również doprowadziło do konieczności zlecenia przez Zamawiającego wykonania części robót budowlanych w ramach wykonawstwa zastępczego oraz skorzystania z uprawnień gwarancyjnych (rękojmi),

1.2) umowy nr RZP.272.20.2020 z dnia 29 września 2020 r. o wykonanie zamówienia publicznego zawartej pomiędzy

Gminą Łomianki jako zamawiającym oraz konsorcjum w składzie Firma Budowlana Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. oraz Ekoinbud sp. z o.o. jako wykonawcą, której przedmiotem jest „Budowa Szkoły Podstawowej w Sadowej wraz poprawą infrastruktury sportowej” („Umowa Łomianki”) do nałożenia na wykonawcę kary umownej z tytułu zwłoki w realizacji zamówienia,

2)art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, a w konsekwencji jej wybór jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania w związku z wystąpieniem podstaw wykluczenia opisanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz poprzez nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„2.1 Zgodnie z rozdziałem VI pkt. 2 SWZ Zamawiający zastosował fakultatywną podstawę wykluczenia opisaną w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP (...).

2.2. W JEDZ na pytanie dotyczące podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt. 7 PZP: *„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?”* Ekoinbud udzielił odpowiedzi przeczącej: „NIE”.

2.3. Tymczasem, zgodnie z wiedzą Odwołującego Ekoinbud realizował, w tym na rzecz Zamawiającego, umowy o udzielenie zamówienia publicznego w związku z którymi, na skutek nienależytego wykonywania zobowiązań umownych przez Ekoinbud, na wykonawcę zostały nałożone kary umowne (odszkodowania) oraz doszło do konieczności skorzystania przez Zamawiającego z instytucji wykonania zastępczego, co wypełnia przesłanki zastosowania przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.

1) Umowa GIS – okoliczności faktyczne

2.4 W dniu 3 sierpnia 2020 r. Zamawiający oraz konsorcjum: Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. oraz Ekoinbud sp. z o.o., zawarli umowę o realizację zamówienia publicznego, którego przedmiotem było zaprojektowanie i wybudowanie budynku użyteczności publicznej wraz z infrastrukturą i małą architekturą w Gdańsku przy ul. Ptasiej 60/2 („Umowa GIS”) (§1 ust. 1 Umowy GIS).

2.5 Zgodnie z §4 [Etapy i terminy realizacji umowy] Umowy GIS za termin rozpoczęcia zamówienia przyjęto datę podpisania Umowy GIS (3 sierpnia 2020 r.), (§4 ust. 2), termin realizacji zamówienia miał wynosić 10 miesięcy od dnia podpisania umowy (§4 ust. 4). W związku z powyższym, Ekoinbud winien był zakończyć realizację zamówienia, uzyskując pozwolenie na użytkowanie, do dnia 3 czerwca 2021 r.

2.6 Z uwagi na model realizacji zamówienia („zaprojektuj i wybuduj”) Wykonawcy przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowej (§5 Umowy GIS).

2.7 W dniu 14 kwietnia 2021 r. Strony zawarły aneks nr 1 do Umowy GIS na mocy którego termin wykonania zamówienia został określony jako 11 miesięcy i 20 dni (§4 ust. 4 Umowy GIS), tym samym Wykonawca był zobowiązany zakończyć realizację zamówienia do 23 lipca 2021 r. łącznie. (...)

2.8 W dniu 24 września 2021 r. strony podpisały protokół rozpoczęcia odbioru zakończenia robót, w którym stwierdzono liczne wady i usterki (pkt. 6 i 7 protokołu). (...)

2.9 W dniu 29 listopada 2021 r. Zamawiający i Wykonawca podpisali protokół odbioru zakończenia robót z usterkami oraz przekazania obiektu Zamawiającemu – w protokole ponownie wskazano liczne wady i usterki, które miały zostać usunięte przez Wykonawcę. W dniu 13 grudnia 2021 r. Strony podpisały aktualizację protokołu odbioru robót. Ostateczny protokół zakończenia robót ze wskazaniem dalszych wad i usterek podpisano 21 grudnia 2021 r. (...)

2.10 W dniu 22 grudnia 2021 r. Inżynier Projektu, działający w imieniu Zamawiającego wystawił świadectwo zakończenia robót, w którym potwierdził, że roboty dotyczące zamówienia zostały zakończone, lecz nie zostały zrealizowane w terminie umownym (...)

2.11 Jak wynika z korespondencji Zamawiającego z 21 lutego 2022 r. pomimo odbioru robót w dniu 21 grudnia 2021 r. Wykonawca nie usuwał wad i usterek stwierdzonych w protokole odbioru: (...)

2.12 Nienależyte wykonanie przez Wykonawcę przedmiotu umowy skutkowało nałożeniem przez Zamawiającego na wykonawcę kar umownych na łączną kwotę 1.289.793,42 zł z następujących tytułów: (...)

2.13 W piśmie z 21 lutego 2022 r. Zamawiający wskazał również na szkody jakie poniósł w związku z nienależytym wykonaniem przez Wykonawcę zamówienia: (...)

2.14 W związku z powyższym, Zamawiający zażądał od Wykonawcy zapłaty odszkodowania tytułem szkód poniesionych w związku z nienależytym wykonaniem przez Wykonawcę przedmiotu umowy, wymienionych w piśmie z

21 lutego 2022 r. (pkt. 2.13 powyżej). (...)

2.15 Jak wynika z dokumentacji udostępnionej przez Zamawiającego strony w dniu 18 listopada 2023 r. (a więc już po upływie terminu składania ofert) podpisały ugodę, co skutkowało skorygowaniem części not księgowych, przykładowo: nota księgowa nr 03/01/2024 z dnia 15 stycznia 2024 r. (...). Treść ugody nie jest znana Odwołującemu.

2) Umowa Łomianki – okoliczności faktyczne

2.16 Konsorcjum w składzie Firma Budowlana Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. (Wykonawca) oraz Ekoinbud sp. z o.o., w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w dniu 29 września 2020 r. umowę z Gminą Łomianki, której przedmiotem była „Budowa Szkoły Podstawowej w Sadowej wraz z poprawą infrastruktury sportowej” w ramach zadania 2019/06 na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego („Umowa Łomianki”).

2.17 W zakres rzeczowy zadania wchodziły cztery etapy realizacji zadania obejmujące: wykonanie dokumentacji projektowej (etap I), budowę budynku szkoły wraz z infrastrukturą towarzyszącą (etap II), budowę sali gimnastycznej wraz z infrastrukturą towarzyszącą i boiskiem sportowym oraz zagospodarowaniem terenu (etap III), a także uzyskanie prawomocnej decyzji na użytkowanie (etap IV). Przedmiot umowy miał się odbywać w procedurze „zaprojektuj i wybuduj”.

2.18 W związku z realizacją przedmiotu Umowy Łomianki strony zawarły łącznie 7 aneksów zmieniających termin realizacji przedmiotu umowy.

2.19 W aneks nr 7 z dnia 27 stycznia 2023 r. z mocą obowiązywania od dnia 28 grudnia 2022 r. Zgodnie z pkt. 6 aneksu nr 7 strony ustaliły, że etapy II-IV mają zostać wykonane do dnia 28 kwietnia 2023 r. (...)

2.20 Przedmiot zamówienia objęty Umową Łomianki nie został wykonany w ustalonym przez strony terminie, wskutek czego zamawiający w dniu 9 sierpnia 2023 r., zgodnie z §13 ust. 1 pkt 1 Umowy oraz pkt 6 Aneksu, obciążył Wykonawcę karą umowną w wysokości 380.000,00 zł stanowiących równowartość sumy dni zwłoki Wykonawcy w realizacji przedmiotu umowy w liczbie 76 (76 dni x 5.000,00 zł = 380.000,00 zł), które Zamawiający potrącił z wynagrodzenia należnego Wykonawcy. (...)

2.25 Z okoliczności przedstawionych w opisie stanu faktycznego dotyczącego Umowy GIS i Umowy Łomianki wynika, że nienależyte wykonywanie umów przez Wykonawcę miało charakter długotrwały (ciągły), a w przypadku Umowy GIS również istotny oraz wynikały z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

2.26 W przypadku Umowy GIS, jak wynika z korespondencji kontraktowej, Inżynier Projektu (działający z ramienia Zamawiającego) wskazywał na szereg uchybień po stronie Wykonawcy, które stanowiły naruszenie obowiązków kontraktowych i miały wpływ na zwłokę Wykonawcy w realizacji robót:

- 1) brak wystarczającej mobilizacji Wykonawcy skutkujący niezadawalającym postępem robót oraz opóźnieniami w realizacji poszczególnych etapów prac względem harmonogramu rzeczowo-finansowego (monit z 2 czerwca 2021 r., monit z 23 czerwca 2021 r., monit z 30 czerwca 2021 r.);
- 2) zwłoka w przedłożeniu dokumentacji projektowej, w tym brak uzgodnień z gestorami sieci (monit z 2 czerwca 2021 r. monit z 30 czerwca 2021 r. monit z 3 sierpnia 2021 r.);
- 3) brak uwzględnienia w pracach aktualnej dokumentacji projektowej (monit z 23 czerwca 2021 r.);
- 4) brak skoordynowania dokumentacji wielobranżowej oraz przekazania zrewidowanej dokumentacji z uchybieniem ustalonego terminu przekazania zrewidowanej dokumentacji projektowej oraz wielokrotne zmiany terminu przedłożenia dokumentacji (monit z 23 czerwca 2021 r.);
- 5) opóźnienia w kontraktowaniu podwykonawców oraz przedkładaniu Zamawiającemu projektów umów o podwykonawstwo (monit z 23 czerwca 2021 r.);
- 6) zwłoka w przedkładaniu Inżynierowi do akceptacji wniosków/kart materiałowych (monit z 23 czerwca 2021 r. monit z 30 czerwca 2021 r.);
- 7) brak kontroli Wykonawcy na realizację Umowy (monit z 23 czerwca 2021 r.);
- 8) brak koordynacji wielobranżowej po stronie Wykonawcy, co skutkowało koniecznością przebudowy instalacji oddymiania z uwagi na kolizyjne umiejscowienie kanałów oddymiania (monit z 30 czerwca 2021 r.);
- 9) przejęcie przez Zamawiającego obowiązków Wykonawcy związanych z budową przyłącza gazu (monit z 3 sierpnia 2021 r., pismo GIS z 13 sierpnia 2021 r.);
- 10) brak ukończenia poszczególnych robót branżowych zgodnie z ustalonymi terminami (harmonogramem robót) (monit z 3 sierpnia 2021 r.); (...)

27 Podsumowanie problemów związanych z realizacją zamówienia zostało również skwitowane w Raporcie przygotowanym przez Inżyniera Projektu, który wskazał m.in. na następujące problemy związane z realizacją zamówienia przez Wykonawcę: (...)

28 Również w protokołach odbioru robót wskazano na szereg wad, usterek oraz braków, które nie zostały usunięte w deklarowanych terminach, a jak wynika z pisma Zamawiającego z 21 lutego 2022 r. wady i usterki nie zostały również

usunięte po końcowym odbiorze inwestycji. (...)

2.29 Konsekwencją nienależytego wykonywania zobowiązań przez Wykonawcę było:

a) W przypadku Umowy GIS:

— nałożenie kary umownej (odszkodowania) z tytułu opóźnienia w wykonaniu umowy – za okres od 24.07.2021 do 21.12.2021 tj. 151 dni – w łącznej wysokości 1 026 667,41 zł;

— nałożenie kary umownej za opóźnienie w przekazaniu dokumentacji powykonawczej – za okres od 27 lipca 2021 r. do 21.12.2021 r. tj. 151 dni, w wysokości 102 666,74 zł;

— nałożenie kary umownej za opóźnienie w przekazaniu harmonogramu rzeczowo-finansowego za okres od 09.06.2021 do 20.07.2021 tj. 42 dni, w wysokości 28 556,31 zł;

— nałożenie kary umownej w przekazaniu dokumentacji wykonawczej – za okres od dnia 16.04.2021 do dnia 26.10.2021 r. tj. 194 dni, w wysokości 131 902,96 zł.

łącznie: 1 289 793,42 zł

b) W przypadku Umowy Łomianki – nałożenie kary umownej w wysokości 380 000,00 zł z tytułu 76 dni zwłoki w realizacji przedmiotu zamówienia. (...)

2.30 Dodatkowo, nienależyte wykonanie przez Wykonawcę Umowy GIS oraz opóźnienia w realizacji zamówienia skutkowało powstaniem po stronie Zamawiającego szkód, opisanych w piśmie z 21 lutego 2022 r.: (...)

2.31 Nienależyte wykonanie Umowy GIS wiązało się również z koniecznością zlecenia przez Zamawiającego prac w ramach wykonania zastępczego.

2.33 Wykonawca nie wykonał prac związanych z wykonaniem odwodnienia liniowego kanalizacji deszczowej, co skutkowało koniecznością zlecenia tych prac firmie „Wodjar” – J.B. w ramach wykonania zastępczego, a koszty wykonawstwa zastępczego zostały potrącone z zabezpieczenia należytego wykonania Umowy GIS. (...)

2.35 Zastosowanie podstawy wykluczenia opisanej w art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp warunkowane jest tym, aby nienależyte wykonanie lub nienależyte wykonywanie zobowiązania wykonawcy wynikało z „przyczyn leżących po jego stronie”. Powyższe sformułowanie oznacza, że nienależyte wykonanie umowy jest oceniane niezależnie od stopnia winy wykonawcy.

2.37 W ocenie Odwołującego Wykonawca, z przyczyn leżących po jego stronie, w sposób nienależyty wykonywał swoje obowiązki wynikające z Umowy GIS oraz Umowy Łomianki. Zarówno skala, charakter oraz uporczywość uchybień, których dopuścił się Wykonawca w związku z realizacją, w szczególności Umowy GIS, nagminne ignorowanie uwag Zamawiającego/Inżyniera Projektu, skala i elementarny charakter błędów podczas wykonywania obowiązków umownych oraz znaczące opóźnienia w realizacji przedmiotu Umowy świadczą o nienależnym wykonaniu Umowy w znacznym stopniu oraz w sposób istotny i długotrwały.

2.38 Co do ostatniego elementu podstawy wykluczenia – skutkiem nienależytego wykonywania umowy musi być wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

2.39 W przypadku Wykonawcy, nienależyte wykonywanie Umowy GIS doprowadziło do nałożenia kar umownych za opóźnienie oraz wystąpienia przez Zamawiającego z roszczeniami odszkodowawczymi, w tym skutkowało koniecznością skorzystania przez Zamawiającego z wykonania zastępczego (wykonania odwodnienia liniowego kanalizacji deszczowej). (...)

2.42 W pojęciu „odszkodowania” użytym w art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych mieścić się zatem również ustalone w umowie w oparciu o art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Artykuł 483 § 1 Kodeksu cywilnego wskazuje, że zapłata określonej sumy (kary umownej) jest jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania – ze swojej istoty zastępuje ona zatem odszkodowanie z art. 471 Kodeksu cywilnego. (...)

2.47 Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że doprowadzenie przez Wykonawcę do sytuacji, w której Zamawiający dokonuje wykonania zastępczego stanowi o wywołaniu szkody po stronie tego drugiego oraz braku zaspokojenia jego interesu. (...)

2.51 Niezależnie jednak od kwestii, która ugoda reguluje należy wskazać, że nieprawidłowości przy realizacji Umowy GIS, w tym nieterminowość po stronie wykonawcy lub jego zaniechania, nie mogą być przekreślone wyłącznie z powodu zawarcia przez strony ugody. (...)

2.53 Z powyższego należy wnioskować, że zawarcie ugody między stronami w przedmiocie nieprawidłowości przy realizacji Umowy GIS nie skutkuje ich usankcjonowaniem i uznaniem za niebyłe. Strony dochodzą do porozumienia w przedmiocie wysokości kar umownych lub innych kwestii dotyczących realizacji zobowiązań umownych, jednakże prowadzi to wyłącznie do regulacji wzajemnych stosunków, nie zaś do możliwości uznania, że Wykonawca wykonał Umowę GIS w sposób należyty. (...)

3.1. Zarzut nr 2 ma charakter wynikowy i stanowi następstwo uprzednio omówionych uchybień. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać ofertę Ekoinbud za najkorzystniejszą, ale powinien wykluczyć Wykonawcę z Postępowania na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt. 7 PZP, a w konsekwencji odrzucić jego ofertę na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) PZP.

3.3. Powyższe stanowi rażące naruszenie przepisów PZP, również z uwagi na to, że jednym z kryteriów oceny ofert (rozdział XIV SWZ) o wadze 20% [(T) – 20 pkt], który istotnie rzutuje na wybór oferty najkorzystniejszej jest termin wykonania przedmiotu zamówienia, który wykonawcy deklarowali w ofercie, przy czym w przypadku zadeklarowania terminu wykonania zamówienia:

- a) 9 miesięcy – wykonawca mógł otrzymać 20 pkt,
- b) 10 miesięcy – wykonawca mógł otrzymać 10 pkt,
- c) 11 miesięcy – wykonawca mógł otrzymać 0 pkt,

3.4. Wykonawca Ekoinbud zadeklarował skrócenie terminu realizacji zamówienia do 9 miesięcy, co przekładało się na możliwość zdobyciu maksymalnej liczby 20 pkt w kryterium oceny oferty. Oceniając jednak dotychczasowy przebieg realizacji przez Ekoinbud ww. umów o zamówienia publiczne, w tym znaczące opóźnienia wykonawcy, poddają w uzasadnioną wątpliwość deklarację Wykonawcy co do faktycznej możliwości skrócenia realizacji zamówienia. (...)

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Ekoinbud,
- 2) przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia Ekoinbud z postępowania, a w konsekwencji - odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Pismem z dnia 08.04.2024 r. wykonawca Firma Budowlana EKOINBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Geodetów 29, 80-298 Gdańsk, (dalej: „Przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismami z dnia 19.04.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, zaś Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając własną argumentację.

W trakcie rozprawy Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiskaw sprawie. Zamawiający nie stawiał się na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest realizacja przedsięwzięcia inwestycyjnego w Gdańsku przy ul. Ogińskiego polegającego na budowie budynku usługowego A1 z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu na części działek 69/5 i 69/2, obręb 704 w Gdańsku, przy ulicy Ogińskiego, budynku mieszkalnego wielorodzinnego 16-lokalowego – budynek A2 z infrastrukturą techniczną wraz z zagospodarowaniem terenu na terenie działki 69/5, 69/2 obręb 704 w Gdańsku przy ul. Ogińskiego oraz trzech budynków mieszkalnych wielorodzinnych 9-lokalowych z infrastrukturą techniczną wraz z zagospodarowaniem teren działki 143/2 i 122/2 obręb 704.

W rozdziale VI pkt A.2. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający przewidział stosowanie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W trakcie postępowania Zamawiający dwukrotnie informował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego oraz o odrzuceniu oferty Przystępującego. Dwukrotnie też Przystępujący (jako odwołujący) składał odwołania na odrzucenie swojej oferty, które dwukrotnie zostały przez Izbę uwzględnione (KIO 3725/23 i KIO 598/24).

Pismem z dnia 28.03.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przechodząc do kwestii zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp należy zauważyć, że zgodnie z tym przepisem 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. Wszystkie określone w tym

przepisie przesłanki muszą wystąpić łącznie, aby dopuszczalne było wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Przepis ten stanowi implementację do porządku krajowego art. 57 ust. 4 lit. g) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zwanej dalej: „dyrektywą klasyczną”. W art. 57 ust. 4 lit. g) dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny wskazał, że instytucja zamawiająca może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Również w przypadku ww. przepisu dyrektywy klasycznej, wykluczenie wykonawcy może nastąpić jedynie w sytuacji zaistnienia wszystkich przesłanek łącznie.

Należy także zwrócić uwagę, że w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej ustawodawca unijny zawarł wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia. W preambule wskazano, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy. Przepisy krajowe powinny określać maksymalny czas trwania takich wykluczeń. Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności. Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Powtarzające się przypadki drobnych nieprawidłowości mogą jednak wzbudzić wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy, co może uzasadniać jego wykluczenie”.

Z przytoczonych powyżej przepisów wynika, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest dopuszczalne jedynie w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Dla wykluczenia wykonawcy nie jest zatem wystarczające, że doszło do dochodzenia odszkodowania, do odstąpienia czy wypowiedzenia wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą, ale konieczne jest także m.in. wykazanie, że doszło do tego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz że wykonawca nie wykonał lub nienależycie wykonywał zamówienie w znacznym stopniu lub zakresie lub długotrwale. Brak wystąpienia którejkolwiek przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powoduje, że wykluczenie wykonawcy jest niedopuszczalne.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał wszystkich przesłanek zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w szczególności nie wykazał przesłanki nienależytego wykonania zamówienia długotrwale, w znacznym stopniu lub zakresie i zaistnienia obowiązku odszkodowawczego (w tym przypadku w postaci kar umownych) wynikającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odnosząc się do kwestii nienależytego wykonania przez Przystępującego zamówienia na rzecz Zamawiającego (dalej: „umowa GIS”) należy zauważyć, że zgodnie z umową zawartą w dniu 03.08.2020 r. termin realizacji zamówienia ustalono na 10 miesięcy od dnia podpisania umowy. W dniu 14.04.2021 r., „z uwagi na niezawinione przez Wykonawcę opóźnienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia” w zakresie pozyskania dokumentacji w zaistniałej wówczas sytuacji epidemiologicznej, Strony zawarły porozumienie, na mocy którego m.in. zwiększono zakres zamówienia o roboty dodatkowe wynikające z potrzeby zmiany aranżacji, jednocześnie obniżając wykonawcy pierwotne wynagrodzenie, ale dodając wynagrodzenie za roboty dodatkowe. W tym samym dniu aneksem nr 1 zmieniono też termin realizacji zamówienia na 11 miesięcy i 20 dni od dnia podpisania umowy. Z tego wynika, że realizacja zamówienia powinna zakończyć się pod koniec lipca 2021 r. Faktem jest, że w dniu 27.08.2021 r. (czyli ok. miesiąc później) Przystępujący zgłosił zakończenie robót i gotowość obiektu do odbioru, co stwierdzono w protokole odbiorowym z dnia 24.09.2021 r. W protokole tym stwierdzono także poniższe usterki:

„7.2. Teren zewnętrzny:

- dokonano naprawy uszkodzonych w trakcie prowadzenia prac krawężników przy ścianie oporowej - zakres pozostaje do obserwacji;
- brak wykonania i montażu stojaka na rowery, po poprawie zapadniętej kostki oraz wyprowadzeniu styku kostki ze ścianą w rejonie stojaka;
- należy zabezpieczyć przez korozją cięte krawędzie stóp szczytowego panelu ogrodzeniowego oraz wykonać podlewki pod stopy;
- do poprawy wykończenie pokrywy studzienki przy miejscach dla niepełnosprawnych;
- do poprawy wykończenie otworów po kotwach rusztowania na elewacji;

- wykonać zabezpieczenie studzienki teletechnicznej przed zasypywaniem gruntem;
- należy wykonać dosiew trawy na terenach zielonych oraz dokonać odchwaszczenia - w tym ogrodów deszczowych,
- na wysokości krawędzi daszku nad wyjściem ewakuacyjnym oraz przy krawędzi odwodnienia liniowego należy uzupełnić kamieniem / otoczekiem,

7.3. Dokumentacja powykonawcza nie została przekazana i pozostaje do uzupełnienia. Udostępnioną dotychczas wersję elektroniczną dokumentacji IP zaopiniuje do 30.09.2021 .

7.4. Należy przedłożyć opinię Projektanta dotyczącą zastosowanych płotków wokół ogrodów deszczowych.

7.5. Rozruchy i próby w zakresie nieobjętym skutkami zalania zostaną przeprowadzone do dnia 30.09.2021. Wykonawca informuje, że pełne uruchomienie BMS nastąpi do 05.11.2021.

W opinii Zamawiającego bez pełnego uruchomienia BMS oraz przekazania pełnej dokumentacji powykonawczej nie możliwe jest użytkowanie budynku w sposób bezpieczny i zgodnie z przeznaczeniem. W opinii Wykonawcy użytkowanie obiektu jest możliwe bez pełnego uruchomienia systemu BMS."

Przed wszystkim biorąc pod uwagę, że przedmiotem umowy GIS było zaprojektowanie i wybudowanie całego budynku użyteczności publicznej wraz z infrastrukturą i małą architekturą, nie można uznać, że prace dotyczące np. krawężników, stojaków na rowery, wykończenia i zabezpieczenia studzienek, dosadzenia trawy czy brak uruchomienia systemu BMS mają istotny charakter i stanowią istotny zakres całego przedsięwzięcia. Są to drobne prace, które oczywiście muszą być należycie wykonane, jeżeli wchodzą w zakres zamówienia, niemniej jednak nie mają one kluczowego znaczenia dla powstania i funkcjonowania budynku, ani też ich rozmiar nie może być uznany za „znaczący zakres” nienależytego wykonania zamówienia. Potwierdza to fakt, że w dniu 31.08.2021 r. Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego wystawił zaświadczenie o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu wobec zamiaru przystąpienia do użytkowania ww. budynku. Nawet jeśli procedura wystawienia takiego zaświadczenia miała w tamtym czasie uproszczony charakter ze względu na obowiązujące przepisy ustawy o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, to nie można tracić z pola widzenia, że w tym samym dniu Zamawiający przekazał parter i I piętro budynku Fundacji Wspierania Rozwoju „JA TEŻ” na potrzeby prowadzenia przedszkola i poradni, co ostatecznie potwierdza, że mimo usterek budynek znajdował się w stanie nadającym się do użytku. Również powołana przez Strony Umowy Komisja Rozjemcza z tych samych powodów, czyli zdatności lokalu do użytku i faktu przekazania go najemcy, stwierdziła na str. 11 decyzji z dnia 09.06.2023 r., że Zamawiającemu nie przysługuje roszczenie o karę umowną z tytułu obniżonego czynszu najmu lokalu dla ww. Fundacji. Tym samym nie można uznać, że ww. usterki świadczą o nienależytym wykonaniu zamówienia w znacznym zakresie.

Kolejny protokół spisano w dniu 29.11.2021 r. i ustalono w nim, że spękania pojawiające się w trakcie eksploatacji zostaną usunięte podczas przeglądu rocznego nie później niż do końca 2022 r., a ponadto stwierdzono usterki wymagające m.in. zabezpieczenia ogrodów deszczowych poprzez ogrodzenie analogiczne jak wokół placu zabaw, montażu higrometru, kontroli stanu pieca gazowego i odczytania zużycia gazu z poziomu BMS, wymiany niedziałającego domofonu przy wjeździe do garażu, wyregulowania drzwi do śmietnika, usunięcia przebarwień i zarysowań wykładziny, doczyszczenia drzwi do kantorka, wymiany zarysowanego lustra, wykonania klimatyzacji w serwerowni, poprawienia montażu krętek wentylacyjnych. Podobnie jak w przypadku usterek z 24.09.2021 r. chodziło zatem o drobne prace, których zakres nie jest znaczny w świetle całego rozmiaru zamówienia. Ponadto poruszono kwestię odwodnienia liniowego od strony parkingu, do której Izba odnosi się w dalszej części uzasadnienia.

W kolejnym protokole odbiorowym pn. „Aktualizacja z dnia 13.12.2021” Strony umowy na treści protokołu z dnia 29.11.2021 r. odręcznie dopisały adnotacje ze swoimi uwagami. Po czym w protokole z 21.12.2021 r. w pkt 6 wskazano, że: „Komisja po dokonaniu oględzin wykonanych robót stwierdza, że roboty zostały ukończone i wykonane zgodnie z zamówieniem, w tym: usunięto usterki wskazane we wcześniejszych protokołach”. Jednocześnie ponownie odniesiono się do podtrzymywanych przez Zamawiającego kwestii dotyczących higrometru, kontroli stanu pieca gazowego i odczytania zużycia gazu z poziomu BMS, zdalnego otwierania i zamykania bramy do garażu, wyregulowania drzwi do śmietnika, przebarwień i zarysowań wykładziny i zarysowanego lustra. Ustalono termin 31.12.2021 r. na wykonanie tych prac (23.12.2021 r. – dla lustra). Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko co do odwodnienia od strony parkingu. Pomijając jednak tę ostatnią kwestię, należy zauważyć, że po pierwsze, pozostałe do wykonania prace nie wpływały na możliwość użytkowania budynku i stanowiły ułamek prac wynikających z zawartej umowy, a po drugie, nawet mimo ich istnienia sam Zamawiający stwierdził, że roboty zostały ukończone i wykonane zgodnie z zamówieniem. Nie ma zatem podstaw, by stwierdzić, że Przystępujący wykonał zamówienie nienależycie w znacznym stopniu lub zakresie.

Nie można także stwierdzić, że Przystępujący wykonywał zamówienie długotrwale, gdyż nawet niedotrzymanie terminu określonego Anekssem nr 1 i przekroczenie go o ok. 5 miesięcy (Świadectwo Zakończenia Robót zostało wydane w dniu 22.12.2021 r.) nie spowodowało niemożności użytkowania budynku, a jedynie dotyczyło konieczności wykonania prac o drobnym charakterze. Należy przy tym zauważyć, że Izba dokonuje ww. oceny porównując termin realizacji

wyznaczony w Aneksie nr 1 do terminu wydania Świadectwa Zakończenia Robót, podczas gdy Komisja Rozjemcza powołana przez Strony Umowy stanęła na stanowisku, że zgodnie z § 4 ust. 3 Umowy „za termin zakończenia realizacji zamówienia uznaje się dzień wydania decyzji pozwolenie na użytkowanie”. Tym samym Komisja Rozjemcza uznała, że z dniem wydania przez PINB zaświadczenia o braku sprzeciwu wobec użytkowania budynku, czyli z dniem 31.08.2021 r. nastąpiło zakończenie robót, zwłaszcza że Zamawiający rzeczywiście przystąpił wtedy do użytkowania obiektu. W ocenie Komisji oznacza to, że Zamawiający niezasadnie utożsamia termin zakończenia realizacji zamówienia z faktycznym terminem zakończenia robót. W świetle takiego formalnego podejścia Komisji Rozjemczej można byłoby nawet uznać, że w istocie Przystępujący przekroczył termin realizacji zamówienia zaledwie o miesiąc, a nie o 5 miesięcy. Tym bardziej zatem nie ma mowy o długotrwałym wykonaniu zamówienia przez Przystępującego.

Liczne złożone w trakcie postępowania odwoławczego dowody wskazują też na to, że usterki stwierdzone w przypadku umowy GIS nie wynikały (a w każdym razie nie wyłącznie) z przyczyn leżących po stronie Przystępującego. Wśród dowodów złożonych przez Odwołującego znajdują się wprawdzie m.in. 4 monity z dnia: 02.06.2021 r., 23.06.2021 r., 30.06.2021 r. i 03.08.2021 r. kierowane przez Inżyniera Projektu do Przystępującego, w których Inżynier wzywa wykonawcę do „zwiększenia mobilizacji i intensyfikacji prac”, gdyż „postęp realizowanych robót budowlanych nie jest zadowalający”. Inżynier Projektu, poza kwestią przekroczonych terminów na wykonanie prac w zakresie robót żelbetowych, murów oporowych, parkingów i chodników, czy ogrodzenia, przede wszystkim podkreślał „brak koordynacji wielobranżowej”, „niedostateczne tempo składania wniosków materiałowych” i brak przekazywania aktualnej dokumentacji projektowej, przy czym o trudnościach na budowie informował Zamawiającego w piśmie z dnia 30.06.2021 r., jak też ponownie wskazał je w „Raporcie Zakończenia” ze stycznia 2022 r. Należy jednak zwrócić uwagę, że monity i pisma Inżyniera Projektu nie odnoszą się konkretnie do tych robót, które następnie były wskazywane w protokołach odbiorowych (poza odwodnieniem od strony parkingu w „Raporcie Zakończenia”), zatem trudno stwierdzić, na ile niezadowolające tempo pracy wpłynęło na sposób i termin wykonania tych akurat robót.

Przechodząc zatem do prac wskazanych w protokołach odbiorowych należy zauważyć, że Przystępujący jako powód niedotrzymania terminu ich wykonania podawał zmiany organizacji pracy organów administracji w okresie pandemii, zmianę wymagań aranżacyjnych w trakcie prowadzonych robót, ulewne deszcze z 27.07.2021 r. oraz brak zapewnienia na budowie mediów w wyniku zbyt późnego zawarcia przez Zamawiającego umów z gestorami sieci. Odnosząc się do ww. okoliczności Komisja Rozjemcza uznała, że warunki pandemiczne (o których wykonawca wiedział, bo roboty zaczęły się już w okresie pandemii) i odpowiedzialność za działania podwykonawcy mającego dostarczyć system BMS, nie wyłączają winy wykonawcy, natomiast zmiany wymagań aranżacyjnych rzeczywiście były od niego niezależne. W zakresie deszczu ulewnego oraz braku mediów Komisja częściowo wykazała zrozumienie wobec wykonawcy, ostatecznie jednak uznając, że brak dostatecznych podstaw (w tym analizy PFU, co wykracza poza przedmiot działania Komisji), by wyrazić jednoznaczną opinię.

Niezależnie od ustaleń Komisji Rozjemczej Izba uznała, że ww. okoliczności rzeczywiście mogły wpłynąć na niedotrzymanie terminów przez Przystępującego. Wprawdzie realizacja zamówienia zaczęła się już w okresie trwania pandemii, ale nie zmienia to faktu, że w okresie jej trwania zmieniały się wprowadzane przez władze obostrzenia, w tym w zakresie organizacji pracy organów administracji. Oczekiwanie na działanie odpowiednich organów administracji było zresztą wskazywane przez Przystępującego w pismach kierowanych do Inżyniera Projektu i było też wskazane w porozumieniu z dnia 14.04.2021 r. Powszechnie znane były także w okresie pandemii trudności z zerwanymi łańcuchami dostaw i dostępem do poszczególnych materiałów, co potwierdzają przedłożone przez Przystępującego dowody, w tym pismo producenta systemu BMS z dnia 07.05.2021 r. Mimo formalnie ponoszonej odpowiedzialności za podwykonawcę w tak nietypowych warunkach trudno przyjąć, że problemy z dostawą systemu BMS obciążają wyłącznie wykonawcę. Należy też zauważyć, że system BMS był gotowy w dniu 27.08.2021 r., kiedy to Przystępujący zgłosił gotowość obiektu do odbioru. Dopiero w wyniku awarii, która nastąpiła po tym zgłoszeniu, a przed pierwszym terminem odbioru (24.09.2021 r.), system został uszkodzony i konieczna stała się jego wymiana, co zgodnie z pismem producenta z dnia 08.09.2021 r. musiałoby potrwać ok. 8 tygodni. Przy czym należy zauważyć, że w zawartej ugodzie z dnia 18.11.2023 r. znalazło się stwierdzenie, że awaria ta stanowiła zdarzenie niemożliwe do przewidzenia przez wykonawcę (§ 1 lit. e). Zmiany wymagań aranżacyjnych w sposób oczywisty nie mogą też obciążać wykonawcy. Również brak dostawy mediów na teren budowy uniemożliwił Przystępującemu wykonanie części robót. Wprawdzie Zamawiający twierdził, że opóźnienie w zawarciu przez niego umów z gestorami sieci było wynikiem zbyt późnego poinformowania go przez wykonawcę o zakończeniu prac instalacyjnych (pismo Zamawiającego z dnia 13.08.2021 r.), niemniej jednak nie można nie zauważyć, że sam Zamawiający pisze, że o zakończeniu tych robót dowiedział się w dniu 27.07.2021 r., podczas gdy co najmniej 09.08.2021 r. Przystępujący informował Zamawiającego, że brak dostępu do mediów uniemożliwia mu dokonanie odbioru z odpowiednimi służbami (sanepid, straż pożarna, UZD), co z kolei jest niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Zatem mimo informacji posiadanej od 27.07.2021 r. Zamawiający dopiero w dniu 13.08.2021 r. poinformował wykonawcę o podpisaniu ww. umów i ich procedowaniu przez gestorów sieci. Wskazane wyżej

okoliczności dotyczące warunków pandemicznych, zmian aranżacyjnych i braku dostępu do mediów nie pozwalają, w ocenie Izby przyjąć, że przyczyny nienależytego wykonania określonych robót leżały wyłącznie po stronie Przystępującego.

Także ulewny deszcz, który zalał budowany obiekt (jak stwierdziła Komisja Rozjemcza na podstawie doniesień medialnych: „z ul. Ptasiej spływał dość spory potok”), nie był zdarzeniem wynikającym z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Nie można natomiast jednoznacznie stwierdzić, czy do skutków tego ulewnego deszczu przyczyniło się dodatkowo ewentualne wadliwe wykonanie przez Przystępującego dokumentacji projektowej w zakresie odwodnienia liniowego od strony parkingu. Na tym tle powstał pomiędzy Przystępującym a Zamawiającym spór dotyczący tego, czy odwodnienie od tej strony wchodziło w zakres zamówienia. Przystępujący sygnalizował problem z odwodnieniem od strony parkingu jeszcze przed wystąpieniem ww. ulewy i konsekwentnie stoi na stanowisku, że wykonanie tej części robót nie było objęte umową. Zamawiający natomiast wyraził przeciwne stanowisko, o czym świadczy treść pisma z dnia 28.03.2024 r. skierowanego do Odwołującego, w którym Zamawiający informuje, że odwodnienie zostało wykonane w ramach wykonania zastępczego i koszty zostały potrącone z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zatem poniósł je Przystępujący. Komisja Rozjemcza powołana przez Strony również nie wydała w tej sprawie wiążącej opinii. Ponadto niczego w tym zakresie nie wyjaśnia złożony przez Odwołującego na rozprawie dowód w postaci wydanej na rzecz Zamawiającego opinii, w której dwoje inżynierów opisuje sposób rozwiązania odwodnienia spornego terenu i stwierdza, że: „*wykonanie tych prac leży po stronie Projektanta nowego budynku*”. Należy bowiem zauważyć, że autorzy ww. opinii w żaden sposób nie wskazują, na czym opierają stwierdzenie, że podmiotem zobowiązanym do wdrożenia rozwiązania w tym zakresie jest projektant nowego budynku: czy opierają się na treści umowy, treści PFU, czy na jakimkolwiek innym dokumencie. Opinia nie zawiera żadnego uzasadnienia dla tego stwierdzenia. Uwzględniając zatem wszystkie opisane okoliczności sprawy również Izba nie ma podstaw do zajęcia stanowiska, czy odwodnienie od strony parkingu wchodziło w zakres zamówienia, czy nie, zwłaszcza biorąc pod uwagę niekonsekwentne zachowanie Zamawiającego, który z jednej strony twierdzi, że odwodnienie od strony parkingu było objęte umową, z drugiej zaś strony zawarł z Przystępującym ugodę i wydał mu referencje, w których stwierdził, że „*roboty budowlane zostały wykonane należyście i zgodnie z projektem budowlanym*”.

W tym miejscu należy zatem przejść do ostatniego etapu sporu pomiędzy Zamawiającym i Przystępującym, który po wydaniu decyzji Komisji Rozjemczej, zakończył się zawarciem w dniu 18.11.2023 r. ugody. Kwestia odwodnienia nie była przedmiotem tej ugody, natomiast były nim „*wszystkie roszczenia GIS wobec Ekoinbud dotyczące wykonania umowy, w tym o zapłatę kar umownych oraz odszkodowań, za wyjątkiem roszczeń z tytułu gwarancji jakości i rękojmi, a także wszystkie roszczenia Ekoinbud względem GIS, w tymw szczególności: roszczenie o zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 126 860,11 zł, którą to kwotę GIS potrącił na poczet części ww roszczeń oraz żądanie Ekoinbud o zwrot gotówkowego zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady w wysokości 104 016,33 zł*”. W wyniku zawarcia ugody Zamawiający dokonał rewizji kar umownych naliczonych pierwotnie w kwocie ok. 1,3 mln zł i wyraził zgodę na wpłatę kary umownej w kwocie 453.274,79 zł.

Ponadto w § 2 ust. 2 ugody wpisano: „*Strony, wskazując na okoliczności wyszczególnione w § 1 pkt d) powyżej, potwierdzają, że w ramach niniejszej ugody postanowiły, iż naliczenie kar umownych przez GIS nie było spowodowane niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przez Ekoinbud, w znacznym stopniu, z przyczyn leżących po jego stronie, zobowiązań wynikających z umowy i nie doprowadziło to do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego ani realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, tj. nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 109 ust.1 pkt 7) PZP*”. § 1 pkt d), do którego odwołano się w ww. § 2 ust. 2 ugody wymienia powoływane przez Przystępującego i omówione wyżej powody niedotrzymania terminu wykonania zamówienia. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że cytowana wyżej treść § 2 ust. 2 ugody nie jest wiążąca dla Izby w zakresie dokonywanej przez nią oceny, czy w niniejszym postępowaniu doszło czy nie doszło do naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Niemniej jednak biorąc pod uwagę wszystkie wskazane powyżej ustalenia Izby dotyczące nieistotności nienależyście wykonanych robót, wątpliwości dotyczących odwodnienia od strony parkingu, przyczyn nieleżących wyłącznie po stronie wykonawcy, znacznego obniżenia kar umownych przez Zamawiającego z uwagi na te przyczyny i faktu, że kary te były naliczane za opóźnienie, a nie za zwłokę, Izba również stwierdziła, że nie zachodzi podstawa wykluczenia Przystępującego w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a w konsekwencji – podstawa odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Izba nie kwestionuje przy tym, że Przystępujący nie dochował terminu realizacji zamówienia i w przypadku umowy GIS szereg drobnych prac wykonywał w trakcie użytkowania obiektu, co z pewnością było uciążliwe dla jego użytkowników. Izba nie wyklucza także, że część uwag zgłaszanych przez Inżyniera Projektu, a dotyczących niewystarczającej mobilizacji wykonawcy w trakcie wykonywania robót objętych ww. umową, mogła być zasadna. Niemniej jednak nie zmienia to faktu, że zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie można wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu jakichkolwiek uchybień, ale konieczne jest wykazanie okoliczności łącznie

spełniających określone w tym przepisie przesłanki. W tym wypadku takie okoliczności nie zostały przez Izbę stwierdzone, dlatego odwołanie w zakresie, w jakim dotyczyło umowy GIS, zostało oddalone.

Odnosząc się do kwestii nieterminowego wykonania przez Przystępującego zamówienia na rzecz Gminy Łomianki (dalej: „umowa Łomianki”) należy zauważyć, że zgodnie z umową zawartą w dniu 29.09.2020 r. termin realizacji (w czterech etapach) zamówienia ustalono na 545 dni od dnia zawarcia umowy (czyli do 28.03.2022 r.), po czym w wyniku zawarcia 7-miu aneksów (ostatni z 23.01.2023 r.) zmieniono go na 28.04.2023 r. Gmina Łomianki stwierdziła, że termin realizacji zamówienia został przekroczony o 76 dni i nałożyła na Przystępującego karę umowną za opóźnienie w wysokości 380.000,00 zł, co wynika ze złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci ww. umowy, aneksu nr 7, noty księgowej z 09.08.2023 r. i oświadczenia o dokonaniu potrącenia z 06.09.2023 r.

Podobnie, jak w przypadku umowy GIS, nie można uznać, że w odniesieniu do umowy Łomianki ziściły się przesłanki dotyczące nienależytego wykonania zamówienia długotrwale, w znacznym stopniu lub zakresie i zaistnienia obowiązku odszkodowawczego (w tym przypadku w postaci kar umownych) wynikającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Przede wszystkim należy zauważyć, że w przypadku umowy Łomianki Odwołujący, poza kwestią naliczenia kar umownych za przekroczenie terminu realizacji, nie wskazuje na żadne uchybienia w wykonaniu robót przez Przystępującego. Tym samym Odwołujący nie zarzuca, aby roboty były nienależycie wykonane w znacznym stopniu lub zakresie, natomiast na podstawie treści uzasadnienia odwołania można zakładać, że Odwołującemu chodziło o długotrwałość wykonywania tych robót. Pierwotny termin realizacji zamówienia wynosił 545 dni, następnie został wydłużony o dalsze 396 dni (do 28.04.2023 r.), łącznie zatem wynosił 941 dni. Przystępujący mimo to nie dotrzymał terminu i Zamawiający wyliczył jego zwłokę na 76 dni (ok. 2,5 miesiąca), co stanowi przekroczenie umownego czasu realizacji o ok. 8%. W ocenie Izby nie jest to okres, który w stosunku do całości okresu zaakceptowanego przez Zamawiającego w umowie i w aneksach, należy uznać za długotrwały.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że z dowodów złożonych przez Przystępującego wynika, że określone roboty nie mogły być przez niego wykonywane z powodu braku przyłączenia do obiektu energii elektrycznej i gazu oraz z powodu przedłużającego się oczekiwania na zamienne pozwolenie na budowę. Wykonawca zgłaszał zatem poszczególne etapy wykonanych robót do częściowego odbioru z zastrzeżeniem, że w pozostałej części z ww. przyczyn nie jest w stanie zrealizować robót. W szczególności w pismach z dnia 16.09.2022 r., 21.09.2022 r., 30.09.2022 r., 30.11.2022 r. i 16.12.2022 r., kierowanych do Zamawiającego Przystępujący zwracał uwagę, że bez dostępu do energii elektrycznej i gazu nie może uruchomić kotłowni gazowej, dokonać badań instalacji i urządzeń pracujących z wykorzystaniem prądu, jak: wentylacja mechaniczna, fotowoltaika, oświetlenie, rozdzielnice elektryczne, co uniemożliwia mu zgłoszenie obiektu do odbioru przez sanepid i straż pożarną, a w efekcie uniemożliwia też ubieganie się o pozwolenie na użytkowanie w PINB. Z kolei przedłużające się oczekiwanie na uzyskanie zamiennego pozwolenia na budowę uniemożliwiałoby dokończenie prac dotyczących boiska sportowego z nawierzchnią hybrydową i z infrastrukturą towarzyszącą. Przystępujący podkreślał przy tym, że są to okoliczności od niego niezależne i dlatego wnosił o zawarcie kolejnych aneksów do umowy. Treść pisma Inwestora Zastępczego z dnia 15.11.2022 r. („*Po przeanalizowaniu wniosku wykonawcy oraz stanu faktycznego (...) zasadne jest przygotowanie i podpisanie kolejnego aneksu (...) w wyniku zaistnienia przyczyn niezależnych od stron umowy*”), jak też fakt zawierania kolejnych aneksów świadczą o tym, że Zamawiający nie kwestionował ww. okoliczności.

Wreszcie pismem z dnia 25.04.2023 r. (3 dni przed upływem terminu realizacji określonym w aneksie nr 7) Przystępujący poinformował Zamawiającego, że również terminu wyznaczonego na 28.04.2023 r. nie uda się dotrzymać, ponieważ licznik gazu został zamontowany w dniu 03.04.2023 r., jednak instalacja doprowadzająca gaz do obiektu, której Przystępujący nie realizował, uległa zapowietrzeniu, co wymagało prac naprawczych i dopiero 10.04.2023 r. gaz rzeczywiście docierał do budynku. Zatem 17.04.2023 r. kotłownia gazowa została zgłoszona do odbioru przez UZD, sanepid i straż pożarną. W przypadku straży pożarnej konieczne okazało się uzupełnienie kilku dokumentów, więc dopiero po odebraniu protokołu pokontrolnego w dniu 27.04.2023 r. budynek mógł być zgłoszony do PINB-u w celu uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Przystępujący wnioskował o przesunięcie terminu realizacji zamówienia na 31.05.2023 r., ale tym razem Zamawiający nie wyraził zgody na zawarcie kolejnego aneksu. Pozostając w zakresie zarzutu postawionego w odwołaniu należy zauważyć, że z kolejnych dowodów wynika, iż w dniu 30.06.2023 r. Przystępujący zgłosił obiekt do odbioru i został on odebrany w dniu 14.07.2023 r. Przystępujący skierował też do Sądu zawezwanie do próby ugodowej z propozycją m.in. wypłaty przez Zamawiającego na jego rzecz 380.000,00 zł, tj. kwoty potrąconej z wynagrodzenia tytułem kary umownej.

Opisany wyżej stan faktyczny wynika z poczynionych przez Izbę ustaleń opierających się na dowodach złożonych przez Przystępującego. Natomiast Odwołujący w odwołaniu żaden sposób nie wskazał i przede wszystkim nie wykazał, dlaczego niedotrzymanie terminu realizacji zamówienia przez Przystępującego nastąpiło z przyczyn leżących

po jego stronie. Sam fakt nałożenia kary umownej, zwłaszcza za opóźnienie (w nocy księgowej Zamawiający posłużył się słowem „zwłoka”, ale w § 13 ust. 1 pkt 1 umowy przewidziano karę za „każdy dzień opóźnienia w oddaniu poszczególnych etapów przedmiotu umowy”) nie oznacza, że spełnione zostały wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w tym przesłanka dotycząca przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Mimo zatem, że Izba w celu nakreślenia stanu faktycznego sprawy opisała wyżej najważniejsze okoliczności zaistniałe w toku realizacji umowy Łomianki, należy podkreślić, że to rolą Odwołującego jest wykazanie zasadności postawionych w odwołaniu zarzutów. Skoro Odwołujący ograniczył się jedynie do wskazania faktu przekroczenia terminu realizacji zamówienia i wysokości naliczonej przez Zamawiającego kary umownej, nie można uznać, że w świetle przesłanek wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wykazał postawiony przez siebie zarzut. Dlatego Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia Przystępującego w oparciu o ww. przepis, a w konsekwencji – do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca

.....

.....