

WYROK

Warszawa, dnia 26 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M.K., MK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Grajewo w Grajewie**

Uczestnik po stronie zamawiającego: wykonawca **JL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łomży**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M.K., MK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **M.K., MK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Sygn. akt: KIO 1170/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Grajewo w Grajewie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa hali sportowej przy Szkole Podstawowej Nr 4 w Grajewie wraz z niezbędnym zagospodarowaniem terenu i boiska lekkoatletycznego przy szkole.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 8 kwietnia 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M.K., MK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty JL Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży, jako najkorzystniejszej.

Czynności zamawiającego odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie polegające na niewykluczeniu wykonawcy JL Sp. z o.o. w sytuacji, gdy prawidłowa weryfikacja faktów za pomocą stosownych dowodów (m.in. dostarczonych przez odwołującego) powinna doprowadzić do wniosku, że wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość oraz że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, a w konsekwencji wykonawca ten podlega wykluczeniu,
- 2) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie polegające na nieodrzuceniu oferty JL Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, którego wykrycie przez zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania przetargowego prowadziło do wniosku, że oferta taka podlega wykluczeniu.

Mając na uwadze wskazane zarzuty odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania oraz

- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez JL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży oraz
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz
- 4) nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy JL Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży oraz
- 5) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty JL Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomży oraz
- 6) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców konsorcjum firm: M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MK-BUD Firma Budowlana – Handel M.K. oraz MK-BUI Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku,
- 7) zasądzenie na rzecz wykonawców konsorcjum firm: M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MK-BUD Firma Budowlana – Handel M.K. oraz MK-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (faktura zostanie złożona na rozprawie).

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Zamierza je zrealizować uzyskując z tego tytułu zysk. Czynności podjęte przez zamawiającego w toku niniejszego postępowania przetargowego bezpośrednio naruszają interes odwołującego. Zamawiający dokonując prawidłowej oceny oferty wykonawcy JL Sp. z o.o. winien dojść do przekonania, że wykonawca ten podlega wykluczeniu, a w konsekwencji jego oferta uznana za odrzuconą oraz że oferta podlega odrzuceniu. Nadto w przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego wybrana zostałaby jako najkorzystniejsza, bowiem oferta ta zawiera najwyższą punktację po ofercie, podlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu zarzutu pierwszego odwołujący podniósł, że w trakcie prowadzenia postępowania przetargowego odwołujący natknął się na artykuł prasowy, w którym była opisana sytuacja realizacji inwestycji na rzecz zamawiającego Piski Dom Kultury przez jednego z oferentów przedmiotowego postępowania, a jak się później okazało, spółki, której oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. JL Sp. z o.o. W artykule padły stwierdzenia m.in. takie jak: „od dłuższego czasu nie wywiązywała się z umowy dotyczącej realizacji Inwestycji”, „wszelkie kolejne działania ze strony Wykonawcy dowodzą temu, iż od dłuższego czasu spółka nie zamierza kontynuować prac związanych z umową” oraz że „wykonawca wypowiedział umowę”. Odwołujący postanowił przekazać pozyskane z artykułu prasowego informacje Zamawiającemu i w dniu 14.03.2024 r. powiadomił Miasto Grajewo, że mogą wystąpić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy JL Sp. z o.o. Powyższy artykuł dotyczy wykonania zamówienia przez JL Sp. z o.o. na rzecz Piskiego Domu Kultury pn. „Modernizacja i rozbudowa Piskiego Domu Kultury”, nr ref. PDK.467/2020. Jednocześnie też odwołujący wystosował pismo do zamawiającego Piski Dom Kultury z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej. Odwołujący zadał w piśmie konkretne pytania, m.in.: 1) czy zamawiający Piski Dom Kultury odstąpił od umowy z JL Sp. z o.o. jeżeli tak, jaka była podstawa odstąpienia? 2) czy zamawiający naliczył wykonawcy kary umowne? 3) w jakim zakresie zamówienie nie zostało zrealizowane?

W dniu 15 marca 2024 r. odwołujący otrzymał odpowiedź od Piskiego Domu Kultury wraz z załączeniem dokumentów źródłowych potwierdzających treści przekazane przez Dom Kultury, a mianowicie:

Piski Dom Kultury poinformował, że odstąpił od umowy z wykonawcą JL Sp. z o.o. z uwagi na fakt, że spółka JL nie przystępowała w terminach umownych do wykonania umowy, nie zapewniła wystarczającej obsady osobowej przy wykonywaniu robót objętych umową, nie uzupełniła lub nieterminowo uzupełniała dokumentację prowadzenia robót zgodnie ze szczegółową specyfikacją techniczną, nie uzupełniła lub nieterminowo uzupełniała dokumentację związaną z kwartalnymi odbiorami robót, nieterminowo składała protokoły częściowe robót oraz bezpodstawnie opuściła plac budowy i zaprzestała wykonywania umowy,

2) Piski Dom Kultury wystawił na rzecz firmy JL Sp. z o.o. notę księgową z tytułu kary umownej na łączną kwotę 1 335 000,00 zł,

3) zaawansowanie prac wykonanych przez JL Sp. z o.o. wynosi 20,55%.

Odwołujący, niezwłocznie po otrzymaniu powyższych informacji, tj. w dniu 18.03.2024 r. przekazał je Zamawiającemu.

W związku z przekazaniem tych informacji i dokumentów odwołujący nie otrzymał pisemnej odpowiedzi, wykonawca JL Sp. z o.o. nie został również wskutek tak ustalonego stanu faktycznego wykluczony, ani z tego, co odwołującemu wiadomo wezwany do wyjaśnień.

W ocenie odwołującego, już tylko ze złożonych przez niego dokumentów wynika, że zamawiający winien powziąć wątpliwości i podjąć czynności celem wyjaśnienia okoliczności realizowania przez JL Sp. z o.o. podniesionej przez Piski Dom Kultury, tj. nieprzystępowania w terminach umownych do jej wykonywania, niezapewniania wystarczającej obsady pracowniczej, nienależytego prowadzenia dokumentacji prowadzenia robót, a przede wszystkim bezpodstawnego opuszczenia placu budowy i zaprzestania wykonywania umowy, a także podstaw naliczenia wysokich kar umownych.

Odwołujący wskazał, że Piski Dom Kultury poinformował również, że na dzień 3 września 2022 r., a więc prawie dwa lata od zawarcia umowy, zaawansowanie robót wyniosło jedynie 20,55%. W ocenie odwołującego, może to stanowić o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych, tj. tak małe zaawansowania prac poczynione w wiele miesięcy. Piski Dom Kultury nie powołuje się na fakt nieusunięcia usterek, czy niedokończenia 5-10% zakresu, a powołuje się na niewykonanie 4/5 umowy. Co więcej zamawiający ten zdecydował się naliczyć JL Sp. z o.o. karę umowną w wysokości 1.335.000,00 zł. Wysokość naliczonej kwoty świadczy o znaczącej skali naruszenia zobowiązań umownych.

W ocenie odwołującego powyższe stanowi podstawę do wykluczenia JL Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, przewidzianego również w SWZ.

W zakresie zarzutu drugiego odwołujący podniósł, że wykonawca JL Sp. z o.o. w złożonej ofercie na wykonanie przedmiotowego zadania zobowiązał się je wykonać za kwotę 15 770 000,00 zł, w tym podatek VAT 2 935 658,59 zł (pkt 2 oferty z dnia 07.03.2024 r.).

Odwołujący zwrócił uwagę, że podana przez wykonawcę JL Sp. z o.o. wartość podatku VAT w kwocie 2 935 658,59 zł nie stanowi wartości żadnej z obowiązujących stawek podatku VAT, obliczonej od podanej przez tę spółkę kwoty brutto. Spółka ta nie wskazała w ofercie wysokości procentowej zastosowanego podatku ani kwoty netto, niemniej nawet gdyby przyjąć, że zastosował skalę podstawową, tj. 23%, to brak jest możliwości jednoznacznego rozstrzygnięcia, czy wartość ta została obliczona od innej ceny jednostkowej netto, która pierwotnie była rozważana przez tego wykonawcę, czy stanowi błąd w rachunkach i winna być zwiększona kwota brutto. W konsekwencji brak jest możliwości rozstrzygnięcia, czy błąd ten wynika z błędnie przeprowadzonego przez wykonawcę działania matematycznego czy z niedochowania należytej staranności w obliczeniu ceny oferty, która powinna uwzględniać wartość podatku VAT obliczoną przez wykonawcę według prawidłowej stawki podatkowej.

W ocenie odwołującego niewłaściwe określenie składowej ceny, a w konsekwencji oferowanej ceny, stanowi błąd w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p., z uwagi na poniższe.

Podana przez JL Sp. z o.o. wartość podatku VAT w kwocie 2 935 658,59 zł nie stanowi wartości żadnej z obowiązujących stawek podatku VAT przewidzianej w ustawie, obliczonej od podanej przez wykonawcę w ofercie ceny brutto (netto nie został podana), natomiast wartość podatku VAT obliczona wg stawki podstawowej, tj. 23% wynosi 2 948 861,79 zł. W tej sytuacji zamawiający winien zweryfikować ofertę wykonawcy pod kątem prawidłowości obliczenia ceny oferty (brutto), czego nie uczynił. Powstałe błędy, powodujące wątpliwości oznaczają natomiast, że jakkolwiek omyłka w ofercie, której zamawiający nie jest w stanie samodzielnie rozstrzygnąć, nie może stanowić omyłki rachunkowej. Zauważyć należy, że taka omyłka w cenie może wprowadzić kilka zmian w treści oferty: 1) mogła zmienić się cena netto oraz kwota VAT bez zmiany ceny brutto, 2) mogła zmienić się cena brutto poprzez dodanie „brakującej” kwoty podatku VAT. Nie jest to sytuacja, którą mógł samodzielnie rozstrzygnąć zamawiający.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia nie wskazał wysokości stawki podatku VAT, jaką winien przyjąć oferent. Zatem w okolicznościach niniejszej sprawy nie zachodzi przesłanka oczywistości omyłki, gdyż na podstawie treści oferty nie można ustalić, w jaki sposób powstał omawiany błąd i dokładnie na czym ten błąd polega, a tym bardziej nie można stwierdzić w sposób oczywisty, że błędna wartość podatku VAT jest wynikiem nieprawidłowo przeprowadzonego działania matematycznego. Zamawiający nie miał podstaw, aby przyjąć za wykonawcę stawkę podatku VAT, obliczyć jego wartość do obliczenia ceny oferty. Nawet, gdyby hipotetycznie przyjąć, że zamiarem JL Sp. z o.o. było korzystanie z podatku VAT obliczonego przy stawce 23%, to nie oznacza, że czynności tej mógł dokonać samodzielnie Zamawiający za wykonawcę i skorygować wartości podane w ofercie JL SP. z o.o. Odwołujący zauważył należy, że biorąc pod uwagę treść złożonej przez JL Sp. z o.o. oferty, nie wynika z niej, jaką stawkę podatku VAT przyjął do obliczenia ceny oferty, nie wskazał wartości procentowej, nie wskazał kwoty netto i wskazał jedynie kwotę brutto i kwotę podatku.

W ocenie odwołującego określenie w ofercie JL Sp. z o.o. ceny brutto z uwzględnieniem wartości podatku VAT w wysokości nieodpowiadającej prawidłowej stawce tego podatku, stanowi błąd w obliczeniu ceny, przy czym brak jest przesłanek wystąpienia omyłki, możliwej do poprawienia w trybie art. 223 ustawy P.z.p.

Zamawiający w piśmie z dnia 23 kwietnia 2024 roku zatytułowanym „Stanowisko zamawiającego Miasta Grajewo” wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający oświadczył, że podtrzymuje swoje stanowisko polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez firmę JL sp. z o.o. z siedzibą 18-400 Łomża Plac Tadeusza Kościuszki 1, albowiem:

1) w zakresie ewentualnego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust.1 pkt. 5 ustawy P.z.p., firmy JL sp. z o.o. przeprowadzone zostało postępowanie wyjaśniające, w ramach którego wykonawca złożył obszernie wyjaśnienia, uprawniające zamawiającego od odstąpienia wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., 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. W ocenie zamawiającego na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z brzmienia przepisu art. 109 ust. 1 pkt. 5 ustawy P.z.p. nie zostały spełnione.

2) w zakresie ewentualnego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie polegające na nieodrzuconiu oferty JL Sp. z o.o., w sytuacji, gdy oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, którego wykrycie przez zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania przetargowego prowadziło do wniosku, że oferta taka podlega wykluczeniu, zamawiający nie wskazał w Specyfikacji Warunków Zamówienia wysokości stawki podatku VAT, jaką należy przyjąć do wyceny oferty, wobec czego wykonawcy nie byli związani z góry ustaloną przez zamawiającego stawką podatku VAT, którą musieli zastosować w tym postępowaniu. Zamawiający również nie wymagał od wykonawców wskazywania stawek podatku VAT, ponieważ zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy o VAT opodatkowaniem podatkiem od towarów i usług podlega odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług. W związku z tym, że dokonującym dostawy towarów/świadczenia usług w przypadku prowadzonego postępowania jest wykonawca, to na nim ciąży obowiązek poprawnego opodatkowania tej czynności, w tym zgodnie z art. 41 i kolejnymi ustawy o VAT ustalenie odpowiedniej stawki podatku dla dokonywanej sprzedaży. Zamawiający w trakcie weryfikowania oferty wykonawcy ustalił, iż wartość podana w poz. 4.7 Formularza ofertowego – Zieleń, zgodnie z obowiązującymi przepisami obejmuje stawkę podatku VAT w wysokości 8% , natomiast pozostałe elementy robót objęte są 23% stawką podatku VAT. Tym samym po stronie zamawiającego brak było wątpliwości co do prawidłowości obliczenia ceny oferty oraz nie istniała podstawa prawna do zastosowania wezwania do wyjaśnień dotyczących przyjętych stawek VAT. Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę, iż zgodnie z Rozdz. XVI SWZ do porównania i punktacji złożonych ofert była przyjmowana kwota brutto.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca JL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łomży (dalej także: przystępujący), Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 23 kwietnia 2024 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych, na realizację zadania inwestycyjnego pn: „Budowa hali sportowej przy Szkole Podstawowej Nr 4 w Grajewie wraz z niezbędnym zagospodarowaniem terenu i boiska lekkoatletycznego przy szkole”.

W rozdz. VIII ust. 2 SWZ zamawiający przewidział podstawy wykluczenia określone w art. 109 ust. 1, 4 i 5 ustawy P.z.p.

Zgodnie z rozdz. XV ust. 1 SWZ cenę należy podawać w Formularzu Ofertowym. W myśl ust. 4 cena ofertowa musi być jednoznaczna, ostateczna i zostanie ona wprowadzona do umowy jako obowiązujące strony wynagrodzenie ryczałtowe, niezmiennie na okres realizacji zamówienia (z podatkiem VAT).

W myśl rozdz. XVI przy wyborze oferty zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami i ich znaczeniem:

- cena ofertowa – 60%,
- okres gwarancji – 40%

Do porównania i punktacji złożonych ofert będzie przyjmowana cena brutto.

Załącznikiem do SWZ był formularz ofertowy, w którym wykonawcy obowiązani byli określić kwotę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym podatek VAT, oraz wycenić poszczególne elementy robót o podać koszt ich realizacji jako kwotę brutto w PLN (dowód: SWZ)

Zgodnie z informacją z dnia 6 marca 2024 roku zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 17 600 000,00 zł brutto (dowód: informacja z dnia 6 marca 2024 roku).

W postępowaniu wpłynęły 4 oferty:

- 1)Grin Budownictwo w Białymstoku, cena: 16 849 875,28 zł brutto, okres gwarancji: 60 miesięcy,
- 2)Rutkowski Construction Sp. z o.o. w Elku, cena: 15 908 472,07 zł brutto, okres gwarancji: 60 miesięcy,
- 3)przystępujący, cena: 15 770 000,00 zł brutto, okres gwarancji: 60 miesięcy,
- 4)odwołujący, cena: 15 868 107,78 zł brutto, okres gwarancji: 60 miesięcy (dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 7 marca 2024 roku).

Odwołujący w piśmie z dnia 14 marca 2024 roku skierowanym do zamawiającego stwierdził, co następuje:

W nawiązaniu do udostępnionej przez Państwa informacji z otwarcia ofert z 07.03.2024 r., zwracam uwagę na wystąpienie podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy JL sp. z o.o. z siedzibą w Łomży (KRS 0000605266, NIP 71 821 43506).

W rozdziale VIII Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) wskazano podstawy wykluczenia wykonawców. W punkcie 2 lit. c wskazano, iż podstawą wykluczenia jest art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. możliwość wykluczenia wykonawcy, 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 środków dowodowych.

W związku z wprowadzeniem tej podstawy do SWZ mają Państwo możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy, który dopuścił się ww. naruszeń. Co istotne, możliwość wykluczenia wykonawcy z uwagi na aktualizację opisanych powyżej okoliczności nie jest zależna od tego, czy ww. sytuacja miała miejsce u zamawiającego prowadzącego postępowanie, czy też u jakiegokolwiek innego zamawiającego.

W naszej ocenie zachowaniem, które może stanowić podstawę wykluczenia jest niewykonanie względnie nienależyte wykonanie zamówienia przez JL Sp. z o.o. na rzecz Piskiego Domu Kultury pn. „Modernizacja i rozbudowa Piskiego Domu Kultury”, nr ref. PDK.467/2020.

Jak wynika z doniesień prasowych, JL Sp. z o.o. bezpodstawnie wypowiedziała umowę zawartą z Piskim Domem Kultury i zesła z placu budowy, narażając Dom Kultury na straty finansowe. JE Sp. z o.o. miała nie wywiązywać się z obowiązków umownych, szczególnie jeżeli chodzi o dotrzymywanie terminów, szukając jednocześnie powodów do rozwiązania umowy z winy Piskiego Domu Kultury.

W literaturze wskazuje się, że decyzję zamawiającego co do wykluczenia może uzasadniać sytuacja, w której inny zamawiający w trakcie realizacji zamówienia kilkakrotnie zwracał uwagę wykonawcy na powstające opóźnienie, które mogłoby zagrozić terminowi oddania inwestycji lub sygnalizował liczne wady lub poprawki, które nie były usuwane przez wykonawcę w wyznaczonym terminie, a które dotyczą istotnych aspektów realizowanego przedsięwzięcia.

Wykluczenie jest tym bardziej uzasadnione, jeżeli w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy doszło do obciążenia wykonawcy karą umowną.

W naszej ocenie powyższe informacje dają podstawy do wykluczenia JL Sp. z o.o. z postępowania, a przynajmniej do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Zwróciliśmy się do Piskiego Domu Kultury z wnioskiem o udzielenie szczegółowych informacji oraz przedstawienie dokumentów w sprawie. Jak tylko je otrzymamy niezwłocznie prześlemy je Zamawiającemu.

Poczynione przez nas starania nie wykluczają natomiast przedsięwzięcia kroków przez samego Zamawiającego. Zamawiający jest wręcz zobligowany do weryfikacji podstaw wykluczenia.

W związku z powyższym proszę o wykorzystanie przedstawionych informacji i dokonanie oceny w zakresie wykluczenia JL Sp. z o.o. z postępowania, jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Do czasu wyjaśnienia zasadne jest wstrzymanie się z wyborem najkorzystniejszej oferty.

Do pisma odwołujący dołączył artykuł prasowy z Tygodnika Piskiego z 14 lipca 2022 roku pt. „Wykonawca opuścił plac budowy – modernizacja i rozbudowa Piskiego Domu Kultury”(dowód: pismo z dnia 14 marca 2024 roku z załącznikiem).

Pismem z dnia 18 marca 2024 roku odwołujący poinformował zamawiającego, co następuje:

W nawiązaniu do pisma z 14.03.2024 r., w którym informowaliśmy Państwa o wystąpieniu podstaw do wykluczenia

z postępowania wykonawcy JL Sp. z o.o., przedstawiam dokumenty, które otrzymaliśmy z Piskiego Domu Kultury.

W naszej ocenie dokumenty te w oczywisty sposób pokazują, że wystąpiły przesłanki do wykluczenia JL Sp. z o.o. z postępowania.

Z dokumentów tych wynika, że JL Sp. z o.o. nieterminowo realizowała Umowę, nie zapewniała wystarczającej obsady pracowniczej, nienależycie prowadziła dokumentację prowadzenia robót oraz bezpodstawnie opuściła plac budowy i zaprzestała wykonywania umowy.

Co więcej zamawiający zdecydował się naliczyć JL Sp. z o.o. karę umowną w wysokości 1.335.000,00 zł.

Piski Dom Kultury poinformował również, że na dzień 3 września 2022 r., a więc prawie dwa lata od zawarcia umowy, zaawansowanie robót wyniosło jedynie 20,55%.

Proszę zauważyć, że instytucja wykluczenia wykonawców została wprowadzona do Pzp w celu eliminowania nierzetelnych wykonawców, których celem nie jest prawidłowa realizacja zawartych kontraktów. Do takiej kategorii zaliczają się wykonawcy, którzy m.in. realizują zamówienia kosztem wymaganej jakości, maksymalnie ograniczając zasoby wymagane do prawidłowej realizacji kontraktu np. przerzucając swoje zasoby ludzkie na inne budowy lub którzy wstrzymują się z rozpoczęciem prac do czasu, kiedy skończą inne, w między czasie zawarte kontrakty.

Informacje przekazane przez Piski Dom Kultury zdają się wskazywać, że mamy do czynienia z taką sytuacją. Istnieje zatem ryzyko, że tak jak w przypadku Piskiego Domu Kultury, kontrakt nie będzie prawidłowo realizowany.

W naszej ocenie powyższe stanowi podstawę do wykluczenia JL Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, przewidzianego również w SWZ.

Do pisma odwołujący załączył załączniki w postaci pisma Piskiego Domu Kultury z dnia 15 marca 2024 roku, notę księgową z 9 grudnia 2022 roku, pismo Piskiego Domu Kultury z dnia 7 czerwca 2022 roku (dowód: pismo z dnia 18 marca 2024 roku z załącznikami).

W piśmie z dnia 19 marca 2024 roku skierowanym do przystępującego zamawiający stwierdził, co następuje:

W dniu 08.03.2024 r. dokonano otwarcia ofert w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn.: „Budowa hali sportowej przy Szkole Podstawowej nr 4 w Grajewie wraz z niezbędnym zagospodarowaniem terenu i boiska lekkoatletycznego przy szkole”, w ramach Programu Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych. Celem wykazania braku podstaw wykluczenia z prowadzonego postępowania do swojej oferty załączyli Państwo oświadczenie w zakresie art. 125 ust 1 ustawy zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ, stanowiące tymczasowy podmiotowy środek dowodowy, w którym oświadczyli Państwo że nie zachodzą wobec Państwa zarówno obligatoryjne i fakultatywne podstawy wykluczenia na podstawie art. 108 ust. 1 pkt. 1-6 oraz art. 109 ust. 1 pkt. 1, 4, 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający posiadał wiedzę, zgodnie z którą w ocenie Zamawiającego podali Państwo w treści Oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, budzące wątpliwości informacje odnośnie podstawy wykluczenia na podstawie art. 109, ust. 1, pkt. 5 ustawy Pzp, co stwierdził w oparciu o następujący stan faktyczny:

W wyniku rozstrzygnięcia prowadzonego przez Piski Dom Kultury postępowania pn. „Modernizacja i rozbudowa Piskiego Domu Kultury” w dniu 03.09.2020 r. została z Państwem podpisana umowa na realizację ww inwestycji na podstawie złożonej oferty. Z informacji uzyskanych od Dyrektora Piskiego Domu Kultury dowiedzieliśmy się, iż w dniu 07.06.2022 r. odstąpili w formie pisemnej od wykonywanej umowy z winy Wykonawcy tj. Państwa firmy, z uwagi na fakt, iż Państwa firma nie przystępowała w terminach umownych do wykonania umowy, nie zapewniała wystarczającej obsady osobowej przy wykonywaniu robót objętych umową, nie uzupełniała lub nieterminowo uzupełniała dokumentację prowadzenia robót zgodnie ze szczegółową specyfikacją techniczną, nie uzupełniała lub nieterminowo uzupełniała załączniki o materiałach zatwierdzonych i zastosowanych do wykonania robót, nieterminowo uzupełniała dokumentację związaną z kwartalnymi odbiorami robót, nieterminowo składała częściowe protokoły robót oraz bezpodstawnie opuścili Państwo plac budowy, tym samym zaprzestali wykonania przedmiotu umowy.

Z tytułu wypowiedzenia umowy w ramach przedmiotowej inwestycji naliczona została Państwu kara umowna w wysokości 10% wynagrodzenia umownego tj. w kwocie 1 335 000,00 zł brutto.

Na dzień 03.09.2022 r., a więc w okresie prawie dwóch lat od zawarcia umowy, procentowe zaawansowanie robót wynosiło zaledwie 20,55 %. Do realizacji pozostało 79,45 % robót budowlanych, w zakres których wchodziły roboty branży

sanitarnej, branży elektrycznej.

W związku z powyższym, Miasto Grajewo działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze nn.) wzywa Państwa do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie złożonego oświadczenia w terminie do dnia 22.03.2024 r. do godziny 13 00 pod rygorem wykluczenia Państwa z postępowania na podstawie art. 109, ust. 1, pkt. 5 (dowód: pismo z dnia 19 marca 2024 roku).

Pismem z dnia 22 marca 2024 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

Działając w imieniu Wykonawcy JL Sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 marca br., wskazuję jak poniżej.

W pierwszej kolejności wskazuję, że oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu zostało przez Wykonawcę złożone zgodnie ze stanem faktycznym. Wykonawca bowiem spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Wykonawca przed przystąpieniem do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zapoznał się z dokumentacją przetargową i nie stwierdził, aby istniały jakiegokolwiek przeszkody uniemożliwiające mu ubieganie się o uzyskanie niniejszego zamówienia, zarówno w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i pod kątem przesłanek wykluczenia przewidzianych przez Zamawiającego. Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w dokumentacji przetargowej oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 4 i 5 Pzp.

Odnosząc się zaś do zamówienia publicznego udzielonego Wykonawcy w wyniku przeprowadzonego postępowania pn. „Modernizacja i rozbudowa Piskiego Domu Kultury”, Wykonawca potwierdza, że w dniu 3 września 2020 roku zawarta została umowa nr 1/2020 na realizację przedmiotowego zamówienia, która była należycie realizowana przez Wykonawcę.

Wykonawca nie może zgodzić się z twierdzeniami zawartymi w wezwaniu z dnia 19 marca br. dot. przedmiotowej inwestycji. Informacje przekazane Państwu przez Zamawiającego – Piski Dom Kultury, nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym. Zarówno przebieg realizacji inwestycji jak i okoliczności związane z odstąpieniem od realizacji zamówienia są inne niż zostało to przedstawione w wezwaniu z dnia 19 marca br.

Wykonawca kategorycznie zaprzecza, aby dopuścić się nienależytej realizacji Umowy. Rzetelnie realizowaliśmy Umowę nr 1/2020. Natomiast w toku jej realizacji, w wyniku braku realizacji postanowień umownych przez Zamawiającego, a także braku jakiegokolwiek współdziałania ze strony Zamawiającego, wystąpiły okoliczności uniemożliwiające dalszą realizację Umowy z winy Zamawiającego, które upoważniały Wykonawcę do odstąpienia od Umowy.

Tym samym zaprzeczam stwierdzeniom zawartym w wezwaniu do wyjaśnień, że to Zamawiający odstąpił od umowy ze Spółką JL z naszej winy, a także dalszym stwierdzeniom zawartym we wniosku dot. realizacji umowy poczynając od nie przystępowania w terminach umownych do wykonania umowy, a kończąc na bezpodstawnym opuszczeniu placu budowy.

Poniżej przedstawiam kilka kluczowych kwestii dot. ww inwestycji, które miały wpływ na brak możliwości realizacji zamówienia.

I. Notoryczny brak terminowych płatności należnego Wykonawcy wynagrodzenia przez Zamawiającego

W toku realizacji inwestycji wielokrotnie występowały problemy z płatnościami wynagrodzenia należnego nam za realizację inwestycji. Umowa przewidywała płatności częściowe. Zgodnie z postanowieniami § 9 umowy, faktury częściowe wystawiane były co 3 miesiące, po odbiorach częściowych, do których strony były zobowiązane właśnie co 3 miesiące.

Wykonawca stosował się do postanowień umownych regulujących procedury odbiorowe i cykliczność wystawiania faktur co 3 miesiące.

Nie szło to w parze przestrzegania przez Zamawiającego obowiązku dokonywania płatności na podstawie faktur częściowych za wykonane i odebrane roboty. Zamawiający nie dokonywał płatności faktur oraz wielokrotnie zwracał się do Wykonawcy z wnioskiem o przedłużenie terminów płatności faktur.

Przykładowo, pismem z dnia 5 lutego 2021 r. Piski Dom Kultury wystąpił do JL Sp. z o.o. z wnioskiem o przedłużenie terminu płatności faktury FVB 000005/12/20 z dnia 29 grudnia 2020 r. do dnia 15.02.2021 r. co do kwoty 34.840,27 zł, z uwagi na nieotrzymanie środków finansowych z Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko – Mazurskiego.

Zwracam uwagę, że umowa przewidywała 30-dniowy termin płatności faktur. W przypadku powyżej opisanej płatności, Zamawiający dopiero po upływie pierwotnego terminu płatności, zwrócił się z wnioskiem o przedłużenie terminu płatności, zapewne wyłącznie z obawy przed naliczeniem odsetek za nieterminową płatność, a nie w celu zachowania należytej staranności wobec Wykonawcy jako kontrahenta, bowiem zasada współdziałania wymagałaby odpowiednio

wcześniejszego poinformowania drugiej strony o braku środków na dokonanie płatności, tak aby mogła ona zabezpieczyć finansowo dalszą realizację inwestycji.

Piski Dom Kultury w dn. 4.11.2021 r. po raz kolejny zwrócił się do JL Sp. z o.o. z prośbą o przedłużenie terminu płatności faktury FVB 000003/10/21 z 12.10.2021 r. co do kwoty 686.018,43 zł do dnia 30.11.2021 r., tym razem wskazując na problemy związane z przedłużaniem rozliczenia finansowego z Urzędem Marszałkowskim.

Następnie kolejnym pismem z dnia 23.11.2021 r. Piski Dom Kultury ponownie wniósł o przedłużenie terminu płatności tej samej faktury tym razem proponując dzień płatności: 15.12.2021r.

Kolejny raz więc Zamawiający zwracał się o przedłużenie terminu płatności po upływie pierwotnego terminu na dokonanie płatności.

Zamawiający nie dokonując płatności w terminach umownych nie tylko naruszał obowiązki umowne, ale także wpływał na płynność finansową inwestycji.

Trzeba wspomnieć, że Zamawiający przewidując płatności częściowe, co 3 miesiące, wskazał wykonawcom, że realizacja zamówienia pod względem finansowym będzie wyglądała w ten sposób, że wykonawcy muszą mieć zabezpieczone środki finansowe na pokrycie kosztów realizacji zamówienia w pierwszych kilku miesiącach, a następnie będą mogli kontynuować realizację inwestycji finansując ją z otrzymywanego na podstawie faktur częściowych wynagrodzenia.

Natomiast przede wszystkim był to dla nas sygnał, że na dalszym etapie realizacji inwestycji mogą powstać poważniejsze problemy z zapłatą należnego nam wynagrodzenia z uwagi na brak środków finansowych po stronie Zamawiającego.

Podkreślam wysokość wspomnianych faktur – nie były to nieznaczące dla płynności finansowej inwestycji kwoty, bo chociażby wspomniana faktura z października 2021 roku opiewała na ponad 686 000,00 zł, co jest kwotą bardzo dużą przy wartości kontraktu 13 350 000,00 zł.

Zwłoka w płatnościach również nie wynosiła kilku czy kilkunastu dni, ale chociażby w przypadku wspomnianej wyżej faktury, ponad miesiąc.

Nie bez znaczenia są też uzasadnienia wskazywane przez tego Zamawiającego – brak otrzymania środków finansowych z Urzędu Marszałkowskiego, problemy z rozliczeniem finansowym z Urzędem Marszałkowskim, co przy uwzględnieniu pozostałych aspektów jak chociażby uchylanie się od odbiorów czy też brak akceptacji zmienionego harmonogramu, budziło uzasadnione wątpliwości czy Zamawiający będzie w stanie sfinansować zamówienie.

Każdy racjonalnie działający w branży budowlanej przedsiębiorca w takiej sytuacji chciałby mieć pewność, że kontrahent będzie w stanie wywiązać się ze swoich obowiązków i zapłacić za wykonane roboty. Wartość realizowanych robót opiewała na wysoką kwotę, a problemy finansowe po stronie Zamawiającego wystąpiły niemalże od razu po zawarciu umowy, czego nie mogliśmy zignorować.

Do wyjaśnień załączam stosowne załączniki na potwierdzenie powyższych faktów w postaci:

1)Umowa 1/2020

2)faktura FVB 000005/12/20 z dnia 29 grudnia 2020 r., 3) pismo Piskiego Domu Kultury z dnia 05.02.2021 r.

4)pismo JL Sp. z o.o. z dnia 08.02.2021 r. (zgoda na przedłużenie terminu płatności),

5)faktura FVB 000003/10/21 z 12.10.2021 r.,

6)pismo Piskiego Domu Kultury z dnia 04.11.2021 r.

7)pismo JL Sp. z o.o. z dnia 10.11.2021 r. (zgoda na przedłużenie terminu płatności), 8) pismo Piskiego Domu Kultury z dnia 23.11.2021 r.

II. Brak akceptacji harmonogramu robót

Wskazuję, że po podpisaniu umowy okazało się, iż realizacja inwestycji wymaga przerwania robót i zaangażowania w inwestycję archeologów z uwagi na konieczność usunięcia architektonicznych reliktów archeologicznych, które ujawniły się w toku prac. Wyjaśniam, że powyższa okoliczność spowodowała nieplanowane przez nas opóźnienie w realizacji inwestycji powstałe nie z naszej winy o ponad 100 dni.

Powyższa okoliczność stanowiła podstawę do zmiany harmonogramu realizacji inwestycji, o którą zawnioskowaliśmy.

W piśmie z dnia 14.12.2021 r. Piski Dom Kultury zaakceptował wydłużenie terminu realizacji robót o 129 dni (w celu

wyjaśnienia wskazując, że 106 dni wynikało z decyzji Warmińsko – Mazurskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków wstrzymującej wszelkie prace ziemne na budowie i 23 dni wynikało z konieczności usunięcia architektonicznych reliktów archeologicznych).

Z uwagi na wydaną w dniu 4 grudnia 2020 r. przez Warmińsko – Mazurskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków decyzję wstrzymującą wszelkie prace ziemne związane z ww inwestycją w miejscu odkrycia reliktów architektury na terenie budowy oraz decyzję ww konserwatora z dnia 13.04.2021 r. zezwalającą na kontynuowanie przerwanych prac związanych z rozbudową i modernizacją Piskiego Domu Kultury, a także roboty dodatkowe w postaci – usunięcia architektonicznych reliktów archeologicznych, mając na względzie zaakceptowanie i wydłużenie realizacji umowy przez Zamawiającego o 129 dni, JL Sp. z o.o. w dniu 09.03.2022 r. przesłał do Piskiego Domu Kultury propozycję zaktualizowanego harmonogramu.

W odpowiedzi na powyższe inspektor nadzoru nie odniósł się merytorycznie do przesłanego harmonogramu. Nie uzyskaliśmy merytorycznej odpowiedzi ani tym bardziej akceptacji zaktualizowanego harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Wyjaśniam, że w dniu 13 listopada 2020 r. podczas robót ziemnych prowadzonych pod nadzorem archeologa odkryto fundamenty budynków sprzed I wojny światowej. Wszelkie prace na budowie w osi A-J musiały zostać wstrzymane do czasu wydania decyzji przez konserwatora zabytków odnośnie dalszych etapów prac, co zostało odnotowane wpisem z dnia 13.11.2020 r. w dzienniku budowy. W tym czasie prowadzono jedynie roboty rozbiórkowe.

Decyzją z dnia 4 grudnia 2020 r. Warmińsko – Mazurski Wojewódzki Konserwator Zabytków wstrzymał wszelkie prace ziemne związane z ww inwestycją w miejscu odkrycia reliktów architektury na działce o nr 372/2 w Piszcu. W punkcie II decyzji błędnie nakazał jednostce organizacyjnej finansującej ww inwestycję Prezesowi Zarządu JL Sp. z o.o. z siedzibą w Piątnicy Poduchownej przeprowadzenie ratowniczych badań archeologicznych. W odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 10.12.2020 r. wnieśliśmy o sprostowanie decyzji nr 10435/2020 poprzez oznaczenie jako jednostki organizacyjnej finansującej Piskiego Domu Kultury.

Z uwagi na fakt, że obowiązek przeprowadzenia ratowniczych badań archeologicznych nałożony decyzją z dnia 4 grudnia 2020 r. Warmińsko – Mazurski Wojewódzki Konserwator Zabytków wykraczał poza obowiązki nałożone na JL Sp. z o.o. łączącą stroną Umową [zgodnie z umową JL Sp. z o.o. miał jedynie prowadzić roboty ziemne pod nadzorem archeologicznym (§5 ust. 1 pkt. 49) i uzyskać w imieniu Zamawiającego pozwolenie na prowadzenie prac pod nadzorem archeologicznym (§5 ust. 1 pkt. 49)], pismem z dnia 9.12.2020 r. zwróciliśmy się do Piskiego Domu Kultury o niezwłoczne przeprowadzenie badań archeologicznych w celu kontynuowania prac ziemnych.

Podkreślam, że Zamawiający dopiero w dniu 12 stycznia 2021 r. umieścił na swojej stronie internetowej zapytanie ofertowe, w którym zaprosił do złożenia ofert na prowadzenie ratowniczych badań archeologicznych w miejscu odkrycia reliktów architektury na działce nr 374/2 w Piszcu w ramach projektu Modernizacja i Rozbudowa Piskiego Domu Kultury. Informacja o wyborze oferty pojawiła się 20 stycznia 2021 r. Termin wykonania zamówienia przewidziany został na dzień 26 lutego 2021 r., jednakże nie mamy wiedzy odnośnie rzeczywistego terminu wykonania umowy, natomiast z wpisu do dziennika budowy wynika, że dopiero w dniu 08.03.2021r. archeolog rozpoczął swoje prace (str. 11, tom I dziennika budowy).

Wpisem do dziennika budowy z dnia 03.02.2021 r. kierownik budowy wstrzymał wszelkie roboty na inwestycji w związku z wydaną decyzją konserwatora zabytków.

W dniu 13 kwietnia 2021 r. decyzją nr WUOZ-ELK.5161.91.2020.JS Warmińsko-Mazurski Wojewódzki Konserwator Zabytków pozwolił na kontynuowanie przerwanych prac związanych z rozbudową i modernizacją Piskiego Domu Kultury. Zatem jak wynika z powyższego od dnia 30 listopada 2020 r. do dnia 13 kwietnia 2021 r. (dzień wydania decyzji) JL Sp. z o.o. nie mogło wykonywać żadnych prac ziemnych, co z kolei uniemożliwiało wykonywanie większości prac na terenie budowy. Z uwagi na okres doręczenia decyzji i kwestie organizacyjne, prace zostały wznowione w dniu 20.04.2021 r. (wpis do dziennika budowy, str. 11, tom I).

Na potwierdzenie powyższych okoliczności załączam:

9) wiadomość e-mail z dnia 09.03.2022 r. skierowana do Zamawiającego (propozycja harmonogramu), wiadomość e-mail inspektora nadzoru z dnia 10.03.2022 r. (odpowiedź na propozycję harmonogramu),

10) pismo JL Sp. z o.o. z dnia 09.03.2022 r. (zgoda na przedłużenie terminu umowy),

11) decyzja z dnia 13.04.2021 r. Warmińsko-Mazurski Wojewódzki Konserwator Zabytków nr WUOZ-

ELK.5161.91.2020.JS,

12)decyzja nr 10435/2020 z dnia 04.12.2020 r. Warmińsko-Mazurskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków,

13)zapytanie ofertowe z 12.01.2021 r. (ratownicze badania archeologiczne),

14)informacja o wyborze oferty z dnia 20.01.2021 r.,

15)dziennik budowy nr 351/2020 str. 2 (tom I).

III. Problemy z odbiorami robót

W dniu 28 marca 2022 r. zgodnie z § 10 ust. 1 pkt. 2 umowy zwróciliśmy się do Zamawiającego i także bezpośrednio do inżyniera kontraktu o odbiór robót częściowych. Zgodnie z § 10 ust. 3 „odbioru wymienionego w ust. 1 pkt. 2 dokonuje inżynier kontraktu w terminie 5 dni od zgłoszenia przez Wykonawcę odbioru tych robót wpisem do dziennika budowy.” Pomimo zgłoszenia odbioru, inżynier kontraktu nie dokonał jego odbioru.

Następnie w dniu 13 kwietnia 2022 r. ponownie zgłosiliśmy Zamawiającemu odbiór częściowy, jednocześnie wskazując na bezczynność inspektora nadzoru, który nie dokonał odbioru od 28.03.2022 r. W piśmie tym wskazaliśmy, że brak odbioru robót i zapłaty za zgłoszone do odbioru roboty spowoduje odstąpienie od umowy.

Z uwagi niewywiązanie się przez Zamawiającego z jego obowiązków wynikających z Umowy oraz problemy z płatnościami, w dniu 27.04.2022 r. wezwaliśmy Piski Dom Kultury do:

1.akceptacji harmonogramu rzeczowo-finansowego i przystąpienia do odbioru zgłoszonych robót częściowych zgodnie z postanowieniami Umowy w terminie 5 dni od daty doręczenia niniejszego pisma pod rygorem odstąpienia od umowy;

2.dostarczenia bezwarunkowej i płatnej na pierwsze żądanie Wykonawcy gwarancji zapłaty całości wynagrodzenia tj. kwoty brutto 11.210.241,06 zł (słownie: jedenaście milionów dwieście dziesięć tysięcy dwieście czterdzieści jeden złotych 06/100) wynikającej z treści Umowy w terminie 45 dni od daty doręczenia niniejszego pisma pod rygorem skutków wynikających z treści 649(4) § 1 i 2 k.c.

Jednocześnie wpisem do dziennika budowy z dnia 27 kwietnia 2022 r. kierownik budowy zgłosił do odbioru częściowego roboty wykonane w 4 kwartale 2021 r. oraz roboty wykonane do dnia wpisu.

Wykonawca miał prawo zgłosić roboty wykonane do odbioru częściowego, a Zamawiający miał obowiązek taki odbiór przeprowadzić. Zauważam, że wszelkie próby zahamowania odbioru przez inspektora nadzoru rzutowały na naszą sytuację finansową i powodowały, że musieliśmy finansować budowę z środków własnych.

Dopiero wystosowanie przez Wykonawcę pisma wzywającego do odbioru pod rygorem odstąpienia od umowy spowodowało, że inspektor nadzoru podjął jakiekolwiek kroki w kierunku przystąpienia do odbioru częściowego wykonanych robót. Jednakże inspektor nadzoru zaczął stawiać Wykonawcy dodatkowe wymagania, warunkując odbiór od dostarczenia mu dokumentów, których nie przewidywały strony w Umowie. I tak e-mailem z dnia 29.04.2022 r. inspektor nadzoru zażądał od nas szczegółowego rozliczenia stopnia wykonania robót w oparciu o pozycje kosztorysów ofertowych. Co ważne dokument taki nie był wymagany przy wcześniejszych odbiorach częściowych nr 1- 4. Niemniej dostarczyliśmy żądany dokument. Ponadto Zamawiający pismem z dnia 28.04.2022 r. wskazał, że zatwierdzenie przerobu (odbiór częściowy) możliwy będzie po dostarczeniu poprawionego harmonogramu do końca realizacji umowy.

W postanowieniach zawartych w § 10 umowy w zakresie odbiorów częściowych jasno wynika, że Zamawiający nie przewidział żadnych dodatkowych wymagań tj. brak obowiązku po stronie Wykonawcy do dostarczenia harmonogramu rzeczowo-finansowego czy dokumentacji materiałowej celem dokonania odbioru częściowego przez Zamawiającego (taka dokumentacja zgodnie z ust. 5 wymagana jest jedynie przy odbiorze końcowym). Zatem żądanie przez Zamawiającego czy inspektora nadzoru harmonogramu czy dokumentacji materiałowej było niezgodne z umową, a odmowa odbioru częściowego z tego tytułu była bezpodstawna.

Odbiór, zgodnie z § 10 ust. 3 powinien odbyć się w terminie 5 dni od daty zgłoszenia tych robót wpisem do dziennika budowy. Termin ten nie został dotrzymany.

Następnie pismem z dnia 09.05.2022 r. Zamawiający zwrócił się do JL Sp. z o.o. z prośbą o wycofanie wezwania do dostarczenia bezwarunkowej i płatnej na pierwsze żądanie Wykonawcy gwarancji zapłaty całości wynagrodzenia zadania.

Do pisma załączam następujące załączniki na potwierdzenie powyżej wskazanych okoliczności:

16) pismo JL Sp. z o.o. z dnia 13.04.2022 r. (ponowne zgłoszenie odbioru częściowego) 17) wniosek o udzielenie gwarancji zapłaty z dnia 27 kwietnia 2022 r.

18)pismo Piskiego Domu Kultury z dnia 28.04.2022 r. (odmowa udzielenia gwarancji)

19)pismo Piskiego Domu Kultury z dnia 09.05.2022 r. (prośba o wycofanie gwarancji)

Odstąpienie od umowy przez JL Sp. z o.o.

W świetle przedstawionych powyżej okoliczności, wobec braku współdziałania przy realizacji inwestycji przez Piski Dom Kultury, mimo wielu podjętych prób z naszej strony, zdecydowaliśmy o odstąpieniu od Umowy z Piskim Domem Kultury, natomiast w związku z brakiem złożenia gwarancji zapłaty, odstąpiliśmy od Umowy również na tej podstawie.

Do wyjaśnień załączam treść oświadczeń o odstąpieniu od umowy:

20)odstąpienie JL Sp. z o.o. z dnia 03.06.2022 r. skierowane do Piskiego Domu Kultury,

21)odstąpienie JL Sp. z o.o. z dnia 20.06.2022 r. skierowane do Piskiego Domu Kultury,

W dniu 3 czerwca 2022 r. JL Sp. z o.o. odstąpił od Umowy, a jako podstawę odstąpienia wskazał: 1) brak akceptacji przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo – finansowego w określonym terminie, o którym mowa w wezwaniu z dnia 27 kwietnia 2022 r.

2)nie przystąpienie przez Zamawiającego do odbioru zgłoszonych robót częściowych zgodnie z postanowieniami ww. Umowy w terminie wskazanym w wezwaniu z dnia 27 kwietnia 2022 r.;

3)nie wykonanie obowiązku odbioru częściowych robót, o którym mowa w § 10 ust 1 pkt 2 Umowy w terminie, o którym mowa § 10 ust 3 Umowy.

Każda z wyżej wymienionych okoliczności stanowiła samodzielną podstawę do odstąpienia od umowy. W uzasadnieniu odstąpienia wskazaliśmy, że od początku inwestycji Zamawiający nie wywiązywał się z obowiązku terminowej płatności. Najpierw odbywało się to poprzez wnioskowanie o wydłużenie terminu płatności a później poprzez nie przystępowanie do odbioru robót warunkując ich przeprowadzenie wymaganiami nie wynikającymi zarówno z umowy, jak i z zasad (sztuki) wykonywania robót budowlanych.

Od początku 4 kwartału 2021 roku Wykonawca miał problem z odbiorem części wykonanych robót. Pierwsze wezwanie pisemne do odbioru robót JL wystosowało pismem z dnia 13 kwietnia 2022 r. Natomiast pismem z dnia 27 kwietnia 2022 r. Wykonawca wezwał Zamawiającego między innymi do przystąpienia do odbioru robót w terminie 5 dni i do udzielenia gwarancji zapłaty pod rygorem odstąpienia.

Z uwagi na fakt bezskutecznego upływu terminu na dostarczenie bezwarunkowej i płatnej na pierwsze żądanie Wykonawcy gwarancji zapłaty wynagrodzenia, pismem z dnia 20.06.2022 r. JL Sp. z o.o. odstąpił od Umowy. Wskazujemy jednocześnie, że naszym zdaniem pierwsze odstąpienie było skuteczne i oparte na prawdziwych podstawach, niemniej dodatkowo oświadczyliśmy jak w piśmie.

Co istotne, nasze odstąpienie z dnia 03.06.2022 r. zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 03.06.2022 r., z kolei odstąpienie z dnia 20.06.2022 r. zostało doręczone Zamawiającemu 20.06.2022 r. Tymczasem odstąpienie Piskiego Domu Kultury z dnia 07.06.2022 r. zostało doręczone Wykonawcy dopiero w dniu 21.06.2022 r., zatem już po skutecznym – wcześniejszym - odstąpieniu od umowy przez Wykonawcę.

Odnosząc się zaś do pisma Piskiego Domu Kultury z dnia 7 czerwca 2022 roku, w którym Piski Dom Kultury odstępuje od umowy z Wykonawcą, wskazuję, że oświadczenie to jest nieskuteczne.

Zamawiający jako podstawę prawną wskazał bowiem § 16 ust. 1 umowy, który stanowi umowne prawo odstąpienia od umowy, zastrzeżone w umowie w myśl przepisów art. 395 § 1 Kodeksu Cywilnego. Natomiast należy pamiętać, że postanowienie umowne, przyznające stronie uprawnienie do odstąpienia od umowy, musi określać termin, w przeciągu którego uprawnienie takie można wykonać.

Brak stosownego postanowienia wskazującego na termin, w przeciągu którego strona może skorzystać z prawa odstąpienia od umowy, pociąga za sobą nieważność zastrzeżenia prawa odstąpienia.

Jednakże również w przypadku, gdyby postanowienie umowne zostało prawidłowo zastrzeżone w umowie, odstąpienie złożone przez Zamawiającego i tak byłoby nieważne z uwagi na niewystąpienie okoliczności uprawniających Zamawiającego do złożenia takiego oświadczenia. JL Sp. z o.o. jeszcze raz stanowczo zaprzecza, aby miały miejsce następujące sytuacje podniesione w treści wezwania do wyjaśnień tj.:

a)Wykonawca przystępował w terminach umownych do wykonywania umowy;

- b) Wykonawca nie zapewniał wystarczającej obsady osobowej przy wykonywaniu robót objętych umową;
- c) Wykonawca nie posiadał i nieterminowo uzupełniał dokumentację prowadzenia robót zgodnej z SST;
- d) Wykonawca nie uzupełniał lub nieterminowo uzupełniał załączniki o materiałach zatwierdzonych i zastosowanych do wykonania robót;
- e) Wykonawca nieterminowo uzupełniał dokumentację związaną z kwartalnymi odbiorami robót;
- f) Wykonawca nieterminowo składał częściowe protokoły robót;
- g) Wykonawca zszedł bezpodstawnie z placu budowy.

Wskazuję, że przystąpiliśmy do realizacji umowy w umówionym terminie, a umowa nie określała jakichkolwiek terminów przejściowych (pośrednich), których Wykonawca mógłby nie dotrzymać.

Zgodnie z § 4 Umowy teren budowy miał zostać protokolarnie przekazany 8 września 2020 r., a termin rozpoczęcia robót przypadał na dzień 5 października 2020 r., natomiast zgodnie z dziennikiem budowy, już 14 września 2020 r. rozpoczęto pierwsze prace – roboty rozbiórkowe wewnątrz budynku.

W umowie wskazane są jedynie terminy: protokolarnego przekazania terenu budowy, rozpoczęcia wykonywania przedmiotu umowy oraz zakończenia przedmiotu umowy.

Zatem nie jest prawdą, że nie przystępowaliśmy w terminach umownych do wykonywania umowy, gdyż teren został nam przekazany w dniu 8 września 2020 r., prace rozpoczęto w dniu 14.09.2020 r. a termin zakończenia nie minął, z uwagi na odstąpienie od umowy;

Ponadto wszystkie roboty ziemne zostały wstrzymane w okresie 13.11.2020 r. – 13.04.2021 r. z uwagi na wykopaliska archeologiczne, co wpłynęło na harmonogram realizacji umowy (o czym mowa powyżej w piśmie).

Wskazuję również, że w toku realizacji inwestycji konieczne było wykonanie prac dodatkowych, które nie były objęte umową, natomiast wydłużyły pierwotny termin realizacji umowy i wpłynęły na harmonogram prowadzonych prac. Konieczne było wykonanie wzmocnienia istniejącej ławy. Rysunki wykonawcze zostały dostarczone Wykonawcy w dniu 08.12.2020 r. W dniu 22.12.2020 r. JL Sp. z o.o. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o podpisanie protokołu konieczności wykonania robót dodatkowych. Roboty dodatkowe zostały wykonane do dnia 29.12.2020 r., co przedłużyło termin wykonania robót budowlanych o 22 dni. Kolejna robota dodatkowa nieobjęta umową polegała na usunięciu odkrytych reliktów archeologicznych w miejscu projektowanej rozbudowy budynku Piskiego Domu Kultury wraz z wymianą gruntu. Powyższe przedłużyło realizację umowy o 27 dni. Wystąpiła konieczność wykonania robót dodatkowych polegających na częściowej wymianie gruntu oraz poszerzeniu ławy Ł3 do wymiarów ławy Ł5 – co trwało 28 dni i o ten czas przedłużyło umowę;

Kolejna kwestia, która wystąpiła na inwestycji dotyczy wstrzymania robót w okresie 16.11.2020 r. – 21.06.2021 r. z uwagi na kolizję projektowanego budynku z istniejącą siecią energetyczną. Zamawiający dopiero w dniu 27.04.2021 r. na swojej stronie zaprosił do składania ofert na usunięcie ww. kolizji (postępowanie unieważniono w dniu 07.05.2021 r.). Zamawiający ponownie w dniu 07.05.2021 r. zaprosił do składania ofert na usunięcie kolizji (postępowanie również unieważniono 14.05.2021 r.). Kolejne zaproszenie do składania ofert ukazało się 17.05.2021 r., a informacja o wyborze oferty w dniu 24.05.2021 r. Roboty zostały wstrzymane co najmniej do dnia 21.06.2021 r.

Ponadto wskazuję, że w trakcie robót budowlanych systematycznie pojawiały się problemy związane z samym projektem budowlanym. Wykonawca potrzebował rozwiązań technicznych, aby móc wykonać dany element budynku lub daną pracę. W styczniu 2021 r. okazało się, że zaprojektowany fundament wchodzi w kolizję ze starymi fundamentami i niemożliwe jest wykonanie tych elementów wg wytycznych projektowych. Kierownik budowy w dn. 18.01.2021 r. wysłał do projektanta zapytanie techniczne – prośbę o wykonanie dokumentacji zamiennej. W dn. 25.01.2021 r. projektant odpisał, że na ten moment jeszcze nie została podpisana umowa na pełnienie nadzoru autorskiego i nie mogą udzielić odpowiedzi.

Opieszałość nadzoru autorskiego w uzupełnianiu błędów i braków dokumentacji powodowała wydłużanie wykonywania poszczególnych prac.

- Pytanie nr 2 z dnia 15.01.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 03.03.2021 r.
- Pytanie nr 9 z dnia 28.07.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 25.08.2021 r.
- Pytanie nr 10 z dnia 28.07.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 25.08.2021 r.

- Pytanie nr 11 z dnia 28.07.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 25.08.2021 r.
- Pytanie nr 12 z dnia 28.07.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 25.08.2021 r.
- Pytanie nr 13 z dnia 28.07.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 25.08.2021 r.
- Pytanie nr 14 z dnia 28.07.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 25.08.2021 r.
- Pytanie nr 16 z dnia 25.08.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 15.09.2021 r.
- Pytanie nr 17 z dnia 25.08.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 15.09.2021 r.
- Pytanie nr 19 z dnia 25.08.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 15.09.2021 r.
- Pytanie nr 21 z dnia 07.09.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 15.09.2021 r.
- Pytanie nr 23 z dnia 25.08.2021 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 15.09.2021 r.
- Pytanie nr 25 z dnia 08.03.2022 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 07.04.2022 r.
- Pytanie nr 26 z dnia 08.03.2022 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 07.04.2022 r. – Pytanie nr 28 z dnia 11.03.2022 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 30.03.2022 r.
- Pytanie nr 29 z dnia 11.03.2022 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 30.03.2022 r.
- Pytanie nr 31 z dnia 11.03.2022 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 30.03.2022 r.
- Pytanie nr 32 z dnia 25.03.2022 r. wraz z odpowiedzią projektanta z dnia 07.04.2022 r.
- Pytanie nr 33 z dnia 25.04.2022 r. pozostawione bez odpowiedzi
- Pytanie nr 34 z dnia 25.05.2022 r. pozostawione bez odpowiedzi
- Pytanie nr 35 z dnia 30.05.2022 r. pozostawione bez odpowiedzi
- Niektóre pytania pozostały bez odpowiedzi projektanta (33, 34, 35), a część odpowiedzi była niepełna.

Wykonawca zwraca na długi okres oczekiwania na odpowiedzi.

W zakresie braku zapewnienia wystarczającej obsady osobowej przy wykonywaniu robót objętych umową to wskazują, że strony zawierając umowę nie określiły wymaganej liczby pracowników, która ma być obecna na budowie w trakcie realizacji kontraktu.

Należy mieć na uwadze, że Wykonawca wykonywał roboty przy udziale swoich podwykonawców. Na każdą umowę zawartą z podwykonawcami zgodę wyrażał Zamawiający. Również w tych umowach brak było zapisów odnośnie wymaganej liczby pracowników. Z uwagi na powyższe Zamawiający nie mógł wymagać od Wykonawcy obecności konkretnej liczby pracowników na budowie, a w przypadku braku satysfakcjonującej Zamawiającego liczby pracowników – wyciągać negatywnych konsekwencji. Co ważne wszystkie przedstawione wcześniej okoliczności (wstrzymywanie robót, opóźnienia lub braki w odpowiedziach udzielonych przez projektanta, brak nadzoru autorskiego) wpływały na liczebność obsady, która zależna była od rzeczywistej możliwości wykonywania robót na inwestycji. Nie sposób było utrzymywać zwiększonej obsady pracowników, gdy roboty zostawały albo wstrzymane decyzją konserwatora, geologa bądź samego inspektora nadzoru bądź nie mogły być wykonywane wskutek braku odpowiedzi przez projektanta na zapytanie techniczne.

Wyjaśniam, że umowa nie nakładała na Wykonawcę prowadzenia dokumentacji robót (w § 5 Obowiązki Wykonawcy żaden punkt nie odnosi się do takiego obowiązku). Wykonawca nie wie, o jakiej dokumentacji prowadzenia robót jest mowa, gdyż umowa na ten temat milczy, a Zamawiający nigdy nie zwracał się do Wykonawcy o prowadzenie/uzupełnienie takiej dokumentacji (nie wyznaczał terminu).

Wykonawca nie ma również wiedzy o jakich 'załącznikach o materiałach' mowa, gdyż w Umowie łączącej Strony nie ma zapisów, które by tego dotyczyły; Umowa nie zawiera postanowień, które dotyczą 'załączników o materiałach zatwierdzonych i zastosowanych do wykonywania robót'.

§ 10 Umowy w zakresie odbiorów częściowych nie przewiduje dostarczania przed tym odbiorem lub w jego trakcie jakichkolwiek załączników o materiałach zatwierdzonych i zastosowanych do wykonania robót.

W zakresie, w jakim Zamawiający wskazuje na „Nieterminowe uzupełnianie dokumentacji związanej z kwartalnymi

odbiorami robót” to po pierwsze Wykonawca nie ma wiedzy o jakiej dokumentacji mowa, gdyż w Umowie łączącej Strony nie ma zapisów, które by tego dotyczyły. W postanowieniach umownych, które dotyczą odbiorów częściowych brak jest postanowień odnośnie dostarczania jakiegokolwiek dokumentacji przed tym odbiorem lub w jego trakcie. Taki warunek został przewidziany w umowie jedynie dla odbioru końcowego, kiedy to Wykonawca ma obowiązek skompletować i dostarczyć Zamawiającemu dokumenty tj.: dopuszczenia, certyfikaty, atesty czy uzgodnienia.

Skoro Wykonawca nie miał obowiązku dostarczać dokumentacji związanej z kwartalnymi odbiorami, tym bardziej nie miał obowiązku uzupełniać tej dokumentacji.

Odnośnie stwierdzenia, że „Nieterminowe składanie częściowych protokołów robót” to wskazują, że częściowe odbiory robót są uprawnieniem Wykonawcy, a nie jego obowiązkiem. To Wykonawca decyduje na jakim etapie zgłosić wykonane roboty. A zgodnie z zapisami umowy, w takim przypadku aktualizuje się obowiązek Zamawiającego do ich odebrania w terminie 5 dni.

Niemniej Wykonawca nie wie, co miałyby oznaczać nieterminowe składanie częściowych protokołów bądź też komu i w jakim terminie miałyby je składać.

Nie jest również prawdą, że Wykonawca zszedł z budowy, gdyż po złożeniu odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę, na budowie trwały prace związane z zabezpieczeniem budowy aż do dnia 20.06.2022 r., a skoro prace na terenie budowy były wykonywane nieprzerwanie do dnia 20 czerwca 2022 r., nie można uznać za prawdziwe twierdzenie Zamawiającego o bezpodstawnym zejściu Wykonawcy z placu budowy i zaprzestania wykonywania umowy.

Podsumowując, Wykonawca zaprzecza, że nienależycie realizował Umowę i ponosił winę za jej nie wykonanie.

Wskazuje również, że decyzja o odstąpieniu od Umowy spowodowana była okolicznościami, za które winę ponosi wyłącznie Zamawiający.

Wykonawca zaznacza, że zgodnie z art. 431 ustawy Pzp, zamawiający i wykonawca wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia obowiązani są współdziałać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia. W piśmiennictwie podkreśla się, iż „obowiązek współdziałania wierzyciela z dłużnikiem zawiera w sobie obowiązek lojalności wobec kontrahenta. Minimum tej lojalności, obowiązujące w każdym zobowiązaniu, to nieprzeszkadzanie dłużnikowi w wykonywaniu jego obowiązków (F. Błahuta, w: Komentarz KC 1972, t. II, 1972, s. 849; P. Machnikowski, w: Gniewek, Machnikowski, Komentarz KC, 2021, art. 354, Nb 8), nieczynienie niczego, co by wykonanie zobowiązania komplikowało, hamowało lub udaremniało, powstrzymanie się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności w relacjach ukształtowanych włączającym strony stosunku prawnym.

Wykonawca zwraca uwagę, że Zamawiający w swoim wezwaniu podnosi wątpliwości jakoby opisana powyżej inwestycja miała powodować, że Spółka JL mogła podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wezwanie zostało nawet opatrzone rygorem wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Tymczasem Wykonawca wskazuje, że analiza powyższej inwestycji i okoliczności związanych z odstąpieniem od umowy przez Wykonawcę pod kątem możliwości wykluczenia nas z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp jest zupełnie nietrafiona i nie ma zastosowania w powyższym przypadku. Powyższa sytuacja nie wyczerpuje przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, 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.

Powyższy przepis stanowi implementację art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy 2014/24/UE i w stosunku do jego brzmienia ustawodawca uszczegółowił przepis w niewielkim zakresie.

Zatem interpretacja tego przepisu powinna być dokonywana zgodnie z regułami dokonywania prowsólnotowej wykładni, w szczególności że pojęcie „naruszenia obowiązków zawodowych” nie zostało zdefiniowane w żadnym polskim akcie prawnym.

Wykonawca zauważa, że z uwagi na brak definicji legalnej „naruszenia obowiązków zawodowych”, Krajowa Izba Odwoławcza wniosła w sprawie interpretacji pojęcia naruszenia obowiązków zawodowych dwa pytania prejudycjalne.

W wyniku ich rozpatrzenia Trybunał stwierdził, że możliwe jest potraktowanie niewykonania zamówienia jako naruszenia obowiązków zawodowych, brak jest jednak możliwości automatycznego wykluczenia wykonawców za niewykonanie zamówienia.

TSUE dokonał także interpretacji pojęcia poważnego wykroczenia zawodowego, wskazując, że jest to naruszenie norm zawodowych i etycznych, w zakresie których orzekają m.in. sądy dyscyplinarne. Wyjaśniono także, że pojęcie poważnego wykroczenia należy rozumieć w ten

sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony.

Zgodnie z orzecznictwem oraz doktryną, wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp nie zachodzi automatycznie, w każdym przypadku, gdy doszło do niewykonania czy też nienależytego wykonania zamówienia.

Tym samym, nie zasługuje na aprobatę argumentacja zmierzająca do uznania, iż sam fakt mających miejsce nieprawidłowości oraz odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przesądza o dopuszczalności zakwalifikowania tychże nieprawidłowości, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu.⁴ Nie każde więc nienależyte wykonanie umowy, nawet w przypadku naliczenia kar umownych czy odstąpienia od umowy, będzie podstawą do wykluczenia wykonawcy. Jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazywać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Aby podstawa wykluczenia została zrealizowana musi wystąpić zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych o charakterze poważnym oraz zawinionym przez wykonawcę.

Jak już wskazano powyżej, naruszenie obowiązków zawodowych musi być poważne, aby mogło stanowić podstawę wykluczenia. Dla wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp nie wystarczy jakiegokolwiek naruszenie obowiązków zawodowych, ale musi być ono poważne. Zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 11 maja 2015 r. o sygnaturze akt: KIO 885/15: "dla wykluczenia nie jest wystarczające zaistnienie jakiegokolwiek wykroczenia zawodowego, a wykroczenia poważnego. Jak wskazał Trybunał, za poważne można uznać jedynie takie naruszenie, które odnosi się zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia "poważnego wykroczenia" wymaga, co do zasady, przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy".

Tym samym okoliczność, że odstąpiliśmy od umowy z Piskim Domem Kultury z przyczyn zawinionych przez Zamawiającego nie może być kwalifikowana jako podstawa wykluczenia nas z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż nie wyczerpuje ona kumulatywnie przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Sytuacja, w której w toku realizacji inwestycji jedna ze stron decyduje się odstąpić od umowy jest zdarzeniem, które pojawia się dość często i nie definiuje wykonawcy jako 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.

W niniejszej sytuacji nie doszło do naruszenia obowiązków zawodowych, wykonawca nie działał również z zamiarem działania lub rażącym niedbalstwem. Podkreślamy, że to spółka JL złożyła skuteczne odstąpienie od Umowy, a nie Zamawiający. Złożenie odstąpienia było umotywowane brakiem współdziałania przy realizacji inwestycji przez Zamawiającego, który swoją postawą uniemożliwiał dalszą realizację inwestycji, co zostało przez nas obszernie opisane w niniejszych wyjaśnieniach. Wykonawca dochował należytej staranności w toku realizacji inwestycji.

Tym samym nie wystąpiły przesłanki, które umożliwiałyby wykluczenie nas na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Spółka JL daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Do pisma przystępujący załączył dokumenty wskazane w piśmie, za wyjątkiem materiału potwierdzającego opieszałość nadzoru autorskiego przy uzupełnianiu błędów i braków dokumentacji, tj. pytań i udzielonych przez projektanta odpowiedzi (dowód: pismo z dnia 22 marca 2024 roku z załącznikami).

Pismem z dnia 26 marca 2024 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia brakujących dokumentów (dowód: pismo zamawiającego z dnia 26 marca 2024 roku).

Przy piśmie z dnia 26 marca 2024 roku przystępujący załączył wymagane dokumenty (dowód: pismo przystępującego z dnia 26 marca 2024 roku z załącznikami).

W dniu 03 kwietnia 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty

najkorzystniejszej. Oferta wybrana jako najkorzystniejsza otrzymała 100 pkt, a oferta odwołującego była na pozycji drugiej, otrzymując 99,63 pkt. Kolejna oferta po odwołującym otrzymała 99,48 pkt (*dowód: pismo z dnia 3 kwietnia 2024 roku*).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Okolicznością bezsporną również była okoliczność, że zamawiający w treści SWZ przewidział przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie polegające na niewykluczeniu wykonawcy JL Sp. z o.o. w sytuacji, gdy prawidłowa weryfikacja faktów za pomocą stosownych dowodów (m.in. dostarczonych przez odwołującego) powinna doprowadzić do wniosku, że wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość oraz że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, a w konsekwencji wykonawca ten podlega wykluczeniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. odwołanie przysługuje m.in. na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia bądź też zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. W myśl art. 516 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. odwołujący w odwołaniu powinien wskazać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że zamawiający – mimo że otrzymał od odwołującego informacje mogące stanowić podstawę do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. – zaniechał wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, nie podjął kroków w celu poszerzenia wiedzy co do okoliczności wskazanych w pismach odwołującego, a w konsekwencji – nie wykluczył przystępującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Stanowisko odwołującego nie znajduje potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień co do okoliczności wskazanych w pismach odwołującego. Przystępujący złożył obszernie wyjaśnienia, w celu wykazania, że wobec przystępującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. Wraz z wyjaśnieniami przystępujący złożył załączniki, mające potwierdzić jego stanowisko w sprawie.

Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający nie dopuścił się zaniechania, które zarzucił mu odwołujący w odwołaniu. Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, a następnie dokonał czynności ich oceny, stwierdzając na ich podstawie, że wobec przystępującego nie zachodzą przesłanki wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. stanowi, że "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".

Odwołujący w treści odwołania nie wykazał, że wobec przystępującego zaszyły przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. Odwołujący oparł zarzut na treści artykułu prasowego dotyczącego zadania realizowanego przez Piski Dom Kultury oraz piśmie, jakie otrzymał od tegoż podmiotu. Odwołujący pominął natomiast treść wyjaśnień, jakie przystępujący złożył zamawiającemu w wyniku wezwania. Tym samym argumentacja odwołującego podniesiona w odwołaniu jest niepełna i nieuwzględniająca wszystkich okoliczności sprawy.

Izba podkreśla, że z wyjaśnień złożonych przez przystępującego wynika, że odstąpienie od umowy z Piskim Domem Kultury nastąpiło z przyczyn zawinionych przez tegoż zamawiającego. Przystępujący opisał okoliczności realizacji inwestycji wskazując na szereg zaniechań i błędów po stronie inwestora. Zamawiający uznał argumentację przystępującą za uzasadnioną i nie wykluczył go z postępowania. Z kolei odwołujący w odwołaniu nie zakwestionował czynności oceny złożonych przez przystępującego wyjaśnień. Tym samym Izba uznała, że czynność zamawiającego

polegająca na ocenie wyjaśnień oraz ustaleniu na ich podstawie, że wobec przystępującego nie występują przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. nie narusza przepisów prawnych wskazanych w odwołaniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie polegające na nieodrzuconiu oferty JL Sp. z o.o., w sytuacji gdy oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, którego wykrycie przez zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania przetargowego prowadziłoby do wniosku, że oferta taka podlega wykluczeniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Wykonawca zarzucający zamawiającemu naruszenie wskazanego przepisu winien zatem określić, na czym polega błąd w ofercie, której odrzucenia na tej podstawie się domaga.

Odwołujący nie wskazał, na czym miałyby polegać błędy w obliczeniu ceny przez przystępującego. Uzasadnienie zarzutu oparł wyłącznie na stwierdzeniu, że na podstawie zaoferowanej przez przystępującego ceny nie da się ustalić żadnej z obowiązujących aktualnie stawek VAT. Odwołujący nie podał natomiast, jaką – w jego przekonaniu – należało przyjąć w przedmiotowym postępowaniu stawkę podatku VAT.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający w treści SWZ nie wskazał obowiązującej w postępowaniu stawki podatku VAT. Nie wymagał również podania w formularzu ofertowym stawki podatku VAT, jaką wykonawca uwzględnił przy wycenie oferty. Zamawiający wymagał jedynie podania od wykonawców wartości podatku VAT dla ceny wskazanej w ofercie.

Zamawiający w treści pisma procesowego z dnia 23 kwietnia 2024 roku wskazał, że w trakcie weryfikowania oferty przystępującego ustalił, iż wartość podana w poz. 4.7 Formularza ofertowego – Zieleń, zgodnie z obowiązującymi przepisami obejmuje stawkę podatku VAT w wysokości 8% , natomiast pozostałe elementy robót objęte są 23% stawką podatku VAT. Tym samym po stronie zamawiającego brak było wątpliwości co do prawidłowości obliczenia ceny oferty oraz nie istniała podstawa prawna do zastosowania wezwania do wyjaśnień dotyczących przyjętych stawek VAT. Odwołujący w wypowiedzi ustnej na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2024 roku stwierdził co prawda, że w przypadku robót objętych przedmiotem zamówienia nie było podstaw do zastosowania stawki preferencyjnej, niemniej jednak była to jedynie lakoniczna wypowiedź, nieoparta ani interpretacją podatkową, ani nawet szczegółową analizą prawną.

Tym samym Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż cena zaoferowana przez przystępującego zawiera błąd w obliczeniu, uzasadniający odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p.

Podkreślić również należy, iż przyjęcie do wyliczenia ceny i podanie w ofercie takiej czy innej stawki lub kwoty VAT nie rodzi żadnych skutków zobowiązaniowych, tj. skutków w sferze prawa cywilnego. Przedmiotem ofert i umów winna być bowiem wyłącznie cena brutto, ponieważ ustawa o informowaniu o cenach towarów i usług w art. 3 ust. 2 stanowi, iż w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług. W przypadku umawiania się stron o tzw. cenę brutto, cena taka pozostanie niezmienną i wiążącą strony w całym okresie obowiązywania umowy, niezależnie od stawki czy kwoty VAT podawanej w ofercie, a nawet od realnych stawek i kwot VAT należnych względem dokonanej sprzedaży. Należny podatek od towarów i usług, stanowiący zobowiązanie publicznoprawne podatnika względem Skarbu Państwa, nie jest przedmiotem cywilnoprawnego zobowiązania ofertowego wykonawcy względem zamawiającego. Strony nie umawiają się o to, jaki podatek zostanie naliczony i odprowadzony na rzecz Skarbu Państwa – powyższe, niezależnie od woli stron, przesądza bezwzględnie obowiązujące przepisy podatkowe.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....