Sygn. akt: KIO 598/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Maria Kacprzyk
Małgorzata Jodłowska
Monika Kawa-Ogorzałek
Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2024 r. przez wykonawcę Firma Budowlana Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gdańsku, w postępowaniu prowadzonym przez Gdańska Infrastruktura Społeczna sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: UNIHOUSE S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego z dnia 13 lutego 2024 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego 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, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 831 zł 48 gr (słownie: osiemset trzydzieści jeden złotych czterdzieści osiem groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika, kwotę 309 zł 12 gr (słownie: trzysta dziewięć złotych dwanaście groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem innych uzasadnionych wydatków;
   2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 24 740 zł 60 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące siedemset czterdzieści złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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 598/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gdańska Infrastruktura Społeczna sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *„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 terenu działki 143/2 i 122/2 obręb 704”,* dalej zwane: „Postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 171-536733 z dnia 6 września 2023. r. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp”.

W dniu 23 lutego 2024 roku Odwołujący – Firma Budowlana Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec

czynności Zamawiającego z dnia 13 lutego 2024 r. - wyboru jako najkorzystniejszej oferty UNIHOUSE S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust.1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp w zw. z art. 17 ust.1 pkt 1) i pkt 2) Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego i odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której Odwołujący nie podlega wykluczeniu, a jego oferta nie podlegała odrzuceniu,
2) **ewentualnie** - art. 109 ust.3 PZP w zw. z art. 16 pkt 1), 2) i 3) Pzp w zw. z art. 17 ust.1 pkt 1) i pkt 2) Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, w której nawet przy przyjęciu, że wobec Wykonawcy zachodzą przesłanki opisane w art. 109 ust.1 pkt 7) PZP, to w okolicznościach faktycznych i prawnych przedstawionych przez Wykonawcę przepis ten winien zostać zastosowany przez Zamawiającego,
3) art. 109 ust.3 Pzp poprzez nieuprawnione przyjęcie, że skoro Wykonawca nie wskazał w JEDZ w Części III pkt C okoliczności dotyczących nałożonej na niego kary umownej, to wyklucza to zastosowanie tego przepisu, w sytuacji w której zawarcie tych informacji w JEDZ nie jest warunkiem zastosowania art. 109 ust.3 Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 13 lutego 2024 r. w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert i nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa adwokackiego przed Krajową Izbą
Odwoławczą.

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ złożył ofertę w Postępowaniu, a jego oferta zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu (uzyskałaby 100 pkt), gdyby nie naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa i niezasadne odrzucenie oferty Wykonawcy.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący nie zgodził się z czynnością jego wykluczenia z Postępowania z uwagi na nienależyte wykonanie zadania „Budowa budynku żłobka wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Dzieci Warszawy w Warszawie". Szczegółowe uzasadnienie zostało przez niego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ustawowym terminie, wykonawca UNIHOUSE S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 8 marca 2024 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego. Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów znajdujących się w złożonej przez niego dokumentacji w postaci:

1) pisma Ursus z dnia 29 stycznia 2024 r. wraz z załącznikami na fakty realizacji umowy nr UD/XI/WIR/19/1898/2019/C/URU/VI/P3/4/WBK-795 „Budowa budynku żłobka wraz z zagospodarowaniem teren przy ul. Dzieci Warszawy w Warszawie" przez Odwołującego, nieprawidłowego wykonania zobowiązań umownych i naliczenia kar umownych lub realizacji uprawnień z rękojmi za wady (w aktach sprawy);
2) pisma Ursus z dnia 7 lutego 2024 r. wraz z załącznikami na fakty realizacji umowy nr UD/XI/WIR/19/1898/2019/C/URU/VI/P3/4/WBK-795 „Budowa budynku żłobka wraz z zagospodarowaniem teren przy ul. Dzieci Warszawy w Warszawie" przez Odwołującego, nieprawidłowego wykonania zobowiązań umownych i naliczenia kar umownych lub realizacji uprawnień z rękojmi za wady (w aktach sprawy);
3) umowy nr UD/XI/WIR/19/1898/2019/C/URU/VI/P3/4/WBK-795 „Budowa budynku żłobka wraz zagospodarowaniem terenu przy ul. Dzieci Warszawy w Warszawie" wraz z aneksami na fakty terminu wykonania przedmiotu zamówienia, terminu zakończenia robót budowlanych, procedury odbioru końcowego, usuwania wad istotnych, realizacji umowy nr UD/XI/WIR/19/1898/2019/C/URU/VI/P3/4/WBK-795 „Budow budynku żłobka wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Dzieci Warszawy w Warszawie" przez Odwołującego, nieprawidłowego wykonania zobowiązań umownych i naliczenia kar umownych lub realizacji uprawnień z rękojmi za wady (w aktach sprawy);
4) pisma Przystępującego z dnia 3 listopada 2023 r. wraz z załącznikami na fakty realizacji umowy nr UD/X1/WIR/19/1898/2019/C/URU/VI/P3/4/WBK-795 „Budowa budynku żłobka wraz z zagospodarowaniem teren przy ul. Dzieci Warszawy w Warszawie" przez Odwołującego, nieprawidłowego wykonania zobowiązań umownych i naliczenia kar umownych lub realizacji uprawnień z rękojmi za wady (w aktach sprawy);
5) pisma Ursus z dnia 28 czerwca 2023 r. na fakty realizacji umowy nr

UD/XI/WIR/19/1898/2019/C/URU/VI/P3/4/WBK-795 „Budowa budynku żłobka wraz z zagospodarowaniem teren przy ul. Dzieci Warszawy w Warszawie" przez Odwołującego, nieprawidłowego wykonania zobowiązań umownych i naliczenia kar umownych lub realizacji uprawnień z rękojmi za wady (w aktach sprawy);

6)pisma Ursus z dnia 29 czerwca 2023 r. na fakty realizacji umowy nr UD/XI/WIR/19/1898/2019/C/URU/VI/P3/4/WBK-795 „Budowa budynku żłobka wraz z zagospodarowaniem teren przy ul. Dzieci Warszawy w Warszawie" przez Odwołującego, nieprawidłowego wykonania zobowiązań umownych i naliczenia kar umownych lub realizacji uprawnień z rękojmi za wady (w aktach sprawy);

Zamawiający wniósł ponadto o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego specjalisty w zakresie budownictwa w przedmiocie należytego i nienależytego wykonania umowy przez Odwołującego nr UD/XI/WwIR/19/1898/2019/C/URU/VI/P3/4/WBK-795 „Budowa budynku żłobka wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Dzieci Warszawy w Warszawie", tj. w szczególności zbadania przesłanki czy zarzucane przez Ursus niedochowanie terminu wykonania przedmiotu umowy nastąpiło z przyczyn istniejących po stronie Odwołującego, a także czy Ursus prawidłowo naliczył kary umowne w tym zakresie, czy wady wskazywane przez Ursus miały charakter wad istotnych lub czy w zakresie usuwania wad Ursus realizował swoje uprawnienie z rękojmi. Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że jego zdaniem ziściły się przesłanki opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, zaś Odwołujący nieprawidłowo zrealizował zamówienie na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy – Dzielnicy Ursus. Zamawiający wskazał, ze powyższą informację uzyskał z pism Dzielnicy Ursus z dnia 29 stycznia 2024 r. oraz 7 lutego 2024 r., z których wynikało, że Odwołującemu została naliczona kara umowna z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych w wysokości 3 583 715,20 zł oraz 1 000 zł z tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu zmiany umowy o podwykonawstwo. Zamawiający podkreślił także, że w toku odbioru inspekcje państwowe stwierdziły wady istotne uniemożliwiające oddanie obiektu do użytkowania (wady projektowe i wykonawcze wynikające z winy wykonawcy). Podkreślił, że opóźnienie w realizacji zadania wynosiło 208 dni i było wynikiem okoliczności leżących po stronie Odwołującego. Zamawiający podjął próbę zdefiniowania wad istotnych, rozumiejąc to jako niezdatność do umówionego użytku, jak również poruszył aspekt kar umownych i domniemanej winy w naruszeniu umowy. Zamawiający przedstawił także interpretację, że nawet jeśli Dzielnica Ursus nie naliczyła kar umownych za czas usuwania wad, to bezspornym jest, że przedmiot umowy był niezdatny do umówionego użytku, a Dzielnica Ursus realizowała swoje uprawnienia do żądania usunięcia wad z tytułu rękojmi.

Na rozprawie w dniu 11 marca 2024 r. Strony i Przystępujący podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów w postaci:

1)pisma z dnia 22.01.2024 r. wskazujące, że inwestor- Miasto Stołeczne Warszawa potwierdza, że istnieją rozbieżności co do zakresu i wysokości naliczonych kar umownych, które należy zweryfikować i że wyraził wolę polubownego załatwienia Sprawy. Inwestor wskazał także, że obecnie nie jest w stanie stwierdzić, ewentualnego zawinienia Firmy Budowlana Ekoinbud sp. z o.o. sp.k. i jego wymiaru.

2)map do celów projektowych wskazujące zakres realizowany przez Odwołującego oraz zakresy realizowane w ramach tego samego pozwolenia na budowlanych przez Odwołującego i dopiero po ich zakończeniu inwestor rozpoczął procedurę uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie całej inwestycji.

3)zdjęć z 31.01.2022r. pokazujące, że wokół zakończonego i przekazanego inwestorowi budynku żłobka trwały prace innych wykonawców inwestora.

4)zdjęć obiektu i zagospodarowania terenu z 05.2022.

5)wydruku ze strony Urzędu Miasta Warszawy- Dzielnicy Ursus potwierdzające należyte wykonanie zamówienia.

6)pisma z dnia 15.01.2022r., w którym projektant potwierdził, że ogrody deszczowe zostały uformowane zgodnie z projektem.

7)pisma z dnia 14.02.2022r. zawiadamiającego PINB o tym, że Kierownik Budowy Odwołującego przestał pełnić tę funkcję z dniem 31.01.2022r. Funkcję Kierownika Budowy przejął przedstawiciel innego wykonawcy inwestora. M.J. kierownik budowy Odwołującego, opóźnił rezygnację ze stanowiska w oczekiwaniu na wyznaczenie przez inwestora nowego kierownika budowy. Po odbiorze usunięcia wad i usterek stwierdzonych podczas odbioru końcowego Odwołujący nie prowadził robót budowlanych ani nie usuwał wad lub usterek stwierdzonych podczas odbioru końcowego.

8)referencji z dnia 19.01.2024r., w których Zamawiający potwierdził, że Odwołujący dysponuje doświadczoną kadrą i

odpowiednim potencjałem technicznym.

9) e- mail z dnia 01.03.2022r. dotyczący zgłoszenia wad w robotach wykonanych i odebranych w 2021r. wyznaczenia terminu na usunięcie tych wad na dzień 28.03.2022r. Miasto Stołeczne Warszawa- Dzielnica Ursus nie naliczył kary umownej na podstawie § 12 ust.2 pkt 3) Umowy czyli za opóźnienie w usunięciu tych wad.

10) e- mail z dnia 11.05.2022r. dotyczący zgłoszenia wad w robotach wykonanych i odebranych w 2021r., wyznaczenia terminu na usunięcie tych wad na dzień 31.05.2022r. Miasto Stołeczne Warszawa- Dzielnica Ursus nie naliczył kary umownej na podstawie § 12 ust.2 pkt 3) Umowy czyli za opóźnienie w usunięciu tych wad.

Przystępujący złożył do akt sprawy pismo, w którym zwrócił się o odtajnienie uzasadnienia odwołania objętego tajemnicą przedsiębiorstwa. W merytorycznym zakresie Przystępujący wskazał, że podziela zasadność odrzucenia oferty Odwołującego, przedstawił analizę prawną art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz analizę umowy Odwołującego z Dzielnicą Ursus, a także wniosek dowodowy dotyczący pisma Dzielnicy Ursus z dnia 25 stycznia 2024 r. Przystępujący podkreślił, że kara umowna została naliczona z powodu okoliczności, za które Odwołujący jako wykonawca ponosił odpowiedzialność, stanowi ona odszkodowanie zaś opóźnienie w takiej skali w realizacji umowy przesądza o nienależytym wykonaniu.

W dniu 12 marca 2024 r., Odwołujący uzupełnił pełnomocnictwa dla Ł.G. oraz L.P. do reprezentacji w postępowaniu odwoławczym.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania 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 zagospodarowaniem terenu działki 143/2 i 122/2 obręb 704.

Zgodnie z roz. VI A SWZ „Podstawy wykluczenia", Zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 4 i 7 Pzp.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wpłynęły dwie oferty: Odwołującego oraz Przystępującego.

W ramach badania i oceny ofert, pismem z dnia 17 stycznia 2024 r. – Zamawiający wezwał na podstawie art. 126 ust. 2 i ust 3 Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp Odwołującego do wyjaśnień w zakresie umów realizowanych na rzecz Dzielnicy Ursus, w tym także o sposób realizacji umów, nakładani kar umownych. Jednocześnie Zamawiający zwrócił się bezpośrednio do Dzielnicy Ursus. Wcześniej w dniu 3 listopada 2023 r. Przystępujący złożył pismo wraz z załącznikami w postaci m.in. pism Dzielnicy Ursus z czerwca 2023 r. wnosząc o wykluczenie Odwołującego.

W dniu 22 stycznia 2024 r., tj. w zakreślonym przez Zamawiającego terminie, Odwołujący przedłożył wyjaśnienia wraz z załącznikami, które w całości zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 13 lutego 2024 r., Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej Przystępującego oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109. ust. 1 pkt 7 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości, ponieważ czynność Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 Pzp była nieprawidłowa i miała istotny wpływ na wynik Postępowania. Wobec uwzględnienia zarzutu dalej idącego, orzekanie o naruszeniu art. 109 ust. 3 Pzp jawiło się jako niecelowe.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca 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.

Podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o ww. przepis aktualizuje się w przypadku, gdy niewykonanie, nienależyte wykonanie czy długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania umownego doprowadzi co najmniej do jednej z następujących sytuacji: do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Przepis ten stanowi implementację do krajowego porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszej umowy w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Należy również zwrócić uwagę na motyw 101 dyrektywy, w którym ustawodawca unijny wskazał, iż instytucje te 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. Co więcej, 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.

W okolicznościach sprawy, za bezsporne należy uznać, że Odwołujący realizował zamówienie publiczne na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy – Dzielnicy Ursus na podstawieumowy nr UD/XI/WIR/19/1898/2019/C/URU/VI/P3/4/WBK-795 „Budowa budynku żłobka wraz z zagospodarowaniem terenu przy u Dzieci Warszawy w Warszawie". W ramach przedmiotowego zadania, została naliczona kara umowna z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót budowlanych w wysokości 3 583 715,20 zł oraz 1 000 zł z tytułu nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu zmiany umowy o podwykonawstwo. Powyższe okoliczności nie kwalifikują jednakże tego zamówienia do uznania go jako mogącego stanowić podstawę faktyczną wykluczenia. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp dotyczy rażącego niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia publicznego w znacznym stopniu lub zakresie, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wad, a nie jakiegokolwiek nienależytego wykonania umowy polegającego na uchybieniu jej postanowieniom. Przepis ten dotyczy na tyle rażącego, doniosłego zaniechania wykonawcy, że nie daje on rękojmi wykonania innych zamówień publicznych, a tym samym nie może się ubiegać o ich udzielenie.

Okoliczności sprawy, w tym przede wszystkim stanowisko Dzielnicy Ursus, niejednoznaczne, stanowiące jak się wydaje własną interpretację konkretnego pracownika sporządzającego pismo i zajmującego się daną sprawą (pisma Dzielnicy Ursus kierowane do Przystępującegoz dnia 28 czerwca 2023 r. , z dnia 29 czerwca 2023 r., z dnia 25 stycznia 2024 r., w opozycji do pisma skierowanego do Odwołującego z dnia 22 lutego 2024 r.) skrótowe, tj. przedstawiane w odpowiedzi na konkretne pytania w ramach dostępu do informacji publicznej, oraz stanowisko Odwołującego wykazało, że opóźnienie w realizacji umowy było wypadkową wielu różnych czynników oraz okoliczności i nie sposób stanowczo obciążyć nimi Odwołującego – co w konsekwencji nie pozwala na uznanie, że Odwołujący podlega wykluczeniu. Odwołujący skuteczne wykazał, ale też potwierdza to procedura odbiorowa (zgodnie z przedstawioną przez Odwołującego korespondencją e-mail, treścią dziennika budowy oraz protokołów odbioru), czy wielość aneksów zmieniających finalny termin odbioru, że realizacja tej inwestycji była wielowątkowa, skomplikowana i wydłużona w czasie. Bezsporną jest także okoliczność, że kara umowna została naliczona za opóźnienie, a nie za jej kwalifikowaną postać - zwłokę, co było okolicznością bezsporną, a ponadto wynika wprost z noty księgowej i postanowień umownych. Sam fakt ich naliczenia nie tylko nie przesądza winy Odwołującego, ale także odrywa niejako karę umowną od jej odszkodowawczego charakteru, niezbędnego do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Co więcej, jak słusznie zauważył Odwołujący, w obecnym reżimie prawnym co do zasady nie jest możliwe naliczenie kar umownych za opóźnienie w oderwaniu od winy wykonawcy. W konsekwencji nie było możliwe tak kategoryczne i jednoznaczne obciążenie Odwołującego całą winą za opóźnienie w realizacji budowy, tak jak to uczynił Zamawiający.

Zamawiający także nienależyte wykonanie czy niewykonanie wywodził z treści protokołów odbiorów, lecz – w zakresie ujawnionym podczas rozprawy i nie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa – Izba wskazuje, że tego rodzaju usterki czy też wady (jaką to nomenklaturą posługują się przepisy Kodeksu cywilnego) nie mogły stanowić wad istotnych obiektu,

niepozwalających na jego użytkowanie; nie przesądza o ich wadze także ich liczba (27). Odwołujący usunął – czego dowodem jest finalne odebranie i użytkowanie obiektu – wszystkie zgłoszone usterki. Także realizacja ogrodów deszczowych, wymagająca wykonania nasadzeń została finalnie wykonana, zaś Izba dała wiarę twierdzeniom Odwołującego, że część prac, w tym same nasadzenia były wykonywane na wiosnę, co jest spójne z doświadczeniem życiowym. Co więcej, takie wady, w dużej mierze o charakterze estetycznym i usuwalnym w toku procedury odbioru (jak rysy na posadzce czy brak osłonek na grzejniki), nie mogą przesądzać o niewykonaniu zamówienia w znacznej części czy zakresie. Co do uwag i sprzeciwu inspekcji państwowych (Państwowej Straży Pożarnej, Państwowego Inspektora Sanitarnego) – brak jest potwierdzenia jakiego rodzaju były to uwagi, czego dotyczyły, czy były zasadne, ale przede wszystkim – okoliczność, że budynek został odebrany, dopuszczony do użytkowania i od września 2022 r. świadczy o tym, że budynek spełnia wymogi przepisów budowlanych i wymagane normy.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że każdy element budowy budynku czy zagospodarowania terenu ma charakter istotny – wszak dokonanie odbioru robót budowlanych jest obowiązkiem inwestora, a odmówić odbioru robót może on wyłącznie w przypadku stwierdzenia wad istotnych, uniemożliwiających użytkowanie budynku, kiedy doszło do wykonania go w sposób poważnie odbiegający od projektu, treści umowy, zasad wiedzy technicznej, norm wynikających z przepisów budowlanych (tak: B. Gliniecki [w:] Kodeks cywilny. Komentarz, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak, Warszawa 2022, art. 647.) . Zamawiający także podnosił, że jeszcze przed formalnym zgłoszeniem obiektu do odbioru, inwestor Dzielnica Ursus sygnalizował konieczność wykonania prac – co ma charakter indyferentny, ponieważ w toku odbioru żadna z tych usterek nie została stwierdzona, a tym samym roboty te zostały zrealizowane jeszcze przed formalnym przedstawieniem obiektu do odbioru. Dodatkowym argumentem jest okoliczność, że cel Dzielnicy Ursus, jakim było uruchomienie żłobka wraz z rozpoczynającym się we wrześniu 2022 r. rokiem szkolnym został osiągnięty, co potwierdza po pierwsze – brak odszkodowawczego charakteru kary umownej za opóźnienie, a po drugie – osiągnięcie przez inwestora zakładanego celu zamierzenia budowlanego.

Żadna zatem z okoliczności, o których traktuje art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie wystąpiła: zamówienie zostało zrealizowane, z uchybieniem terminowi wynikającego z łączącej Odwołującego z Dzielnicą Ursus umowy, co jednakże nie doprowadziło to do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wad. Twierdzenia Zamawiającego, że zostały stwierdzone istotne wady projektowe, wykonawcze, które uniemożliwiły oddanie obiektu do użytkowania, jak również że Odwołujący ponosi winę za opóźnienie w realizacji robót budowlanych w całości są zatem nieuprawnione i nie znajdują pokrycia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Izba pominęła dowód w postaci referencji Zamawiającego z dnia 19.01.2024 r. wystawionych na rzecz Odwołującego, jako indyferentny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Z tego też względu Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, gdyż rozpoznanie sprawy nie wymagało wiadomości specjalnych.

Z powyższych powodów Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w całości.

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

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……

……

……