

WYROK

Warszawa, dnia 21 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2024 roku przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm: **ALS Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chodzieży oraz S.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S.L. Zakład Produkcyjno-Handlowo-Uługowy w Chodzieży** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Ujście** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, wykonawcy **BUDLED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: ALS Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chodzieży oraz S.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S.L. Zakład Produkcyjno-Handlowo-Uługowy w Chodzieży; i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: ALS Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chodzieży oraz S.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S.L. Zakład Produkcyjno-Handlowo-Uługowy w Chodzieży tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gminę Ujście, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: ALS Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chodzieży oraz S.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą S.L. Zakład Produkcyjno-Handlowo-Uługowy w Chodzieży na rzecz zamawiającego Gminy Ujście kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem 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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 763/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Ujście prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn: „Budowa Żłobka gminnego w Ujściu”- nr referencyjny postępowania: ZP.271.1.2024, zwane dalej Postępowaniem. Postępowania prowadzone jest w trybie podstawowym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1610 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr: 2024/BZP 00038238 z dnia 15 stycznia 2024 r.

W dniu 8 marca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przed wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum firm: ALS Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Chodzieży oraz S.L. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Uługowo Handlowy S.L. w Chodzieży (zwani dalej „Odwołującym”) od niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego oraz od zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do których był zobligowany przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Wykonawcy Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą przy ul. Ziębickiej 35,

60-164 Poznań (zwanym dalej: „Wykonawcą Budled”) pomimo, że oferta tego Wykonawcy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych tj. posiadania doświadczenie w wykonaniu minimum jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia

tj. budową i/lub przebudową żłobka i/lub przedszkola i/lub budynku Szkoły o wartości zadania minimum 4.000.000.00 zł brutto każde zadanie,

2.naruszenie przepisu art.226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Wykonawcy Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą przy

ul. Ziębickiej 35, 60-164 Poznań (zwanym dalej: „Wykonawcą Budled”) pomimo,

że oferta tego Wykonawcy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych tj. posiadania doświadczenie w wykonaniu minimum jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. budową i/lub przebudową żłobka i/lub przedszkola i/lub budynku Szkoły o wartości zadania minimum 4.000.000.00 zł brutto każde zadanie, a instytucja Zamawiająca nie dostrzegła sprzeczności w złożonych dokumentach przez oferenta

i faktach, pomimo dwukrotnego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,

3.naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób niegwarantujący zachowanie zasady przejrzystości

w związku z brakiem udostępnienie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając powyższe na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez nakazanie Zamawiającemu – Gminie Ujście:

a)unieważnienia czynności oceny ofert dokonanej w dniu 4 marca 2024, w tym wyboru oferty wykonawcy Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą przy

ul. Ziębickiej 35, 60-164 Poznań jako najkorzystniejszej,

b)nakazanie instytucji zamawiającej odrzucenie oferty wykonawcy Budled, na podstawie 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp,

c)przeprowadzenia ponownej oceny ofert i dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty;

2.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika według przedstawionych na rozprawie rachunków;

3.Przeprowadzenie dodatkowych dowodów:

a)z dokumentów nie znajdujących się w aktach postępowania takich jak umowa

nr TI.272.20.2018 z dnia 20.04.2018 zawarta pomiędzy Gminą Miejską Wągrowiec a Wykonawcą Budled spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz aneksu nr 1 do tej umowy i pisma Gminy Miejskiej Wągrowiec na fakt ustalenia treści stosunku zobowiązaniowego stron, warunków dotyczących ujawnionych w odbiorze końcowym usterek i ich odbioru, warunków dotyczących umownego terminu wykonania przedmiotu umowy, jego zmiany i charakteru zmiany oraz okoliczności leżących u podstaw przesunięcia terminu umownego z dnia 13.12.2018

na 18.01.2019 w aneksie nr 1;

b)z przesłuchania świadka – Burmistrza Gminy Miejskiej Wągrowiec J.B. – adres do doręczeń Urząd Miejski w Wągrowcu ul. Kościuszki 15a,

62-100 Wągrowiec na fakt wykonania przez Budled spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Żłobka na os. Wschód, wykonania obiektu po terminie, przyczyn opóźnienia, wystąpienia wad w protokole końcowym, odbioru wad, wystawienia w dniu 26.04.2019 roku poświadczenia wykonania prac.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia bowiem jego oferta jest ofertą prawidłową i ważną w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego jest drugą ofertą

w rankingu najkorzystniejszych ofert w ramach dokonanej przez zamawiającego oceny.

Gdyby Zamawiający nie dopuścił się uchybień wskazanych w niniejszym odwołaniu i odrzucił ofertę wykonawcy Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą przy

ul. Ziębickiej 35, 60-164 Poznań, oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejszą. Wskazane

w niniejszym odwołaniu czynności i naruszenia przepisów prawa przez Zamawiającego spowodowały więc u Odwołującego szkodę w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał następujący stan faktyczny.

Zamawiający ponownie w dniu 4 marca 2024 roku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ramach dokonanej przez Zamawiającego oceny oferta Odwołującego jest drugą w rankingu ofert najkorzystniejszych. Oferta Wykonawcy Budled została zaś wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza.

Wcześniej wybór taki został dokonany w dniu 7 lutego 2024 roku, jednakże na skutek odwołania Odwołującego, Zamawiający w dniu 14 lutego 2024 roku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w którym oświadczył iż uwzględni zarzuty odwołania w całości. Wobec powyższego postanowieniem z dnia 23 lutego 2024 roku w sprawie KIO 479/24 Krajowa Izba Odwoławcza postępowanie w sprawie umorzyła.

Zdaniem odwołującego, ponowne czynności oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Budled z dnia 7 marca 2024 roku, Zamawiający dokonał jednak z naruszeniem wskazanych w petitum niniejszego odwołania przepisów prawa, a złożone pismo wykonawcy Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą przy ul. Ziębickiej 35, 60-164 Poznań z dnia 21 lutego 2024 roku, oceny powyższej nie zmienia, co uzasadnić należy w następujący sposób.

Zgodnie z przepisem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że jako najkorzystniejsza może zostać wybrana tylko oferta takiego wykonawcy, który spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

Z przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp wynika bowiem, że oferta wykonawcy, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu podlega odrzuceniu. Jest to – odrzucenie oferty niespełniającej warunku udziału w postępowaniu – obowiązek instytucji Zamawiającej. Obowiązkiem Zamawiającego jest także wezwanie Wykonawcy, którego oferta nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowego środka dowodowego mającego potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Przekładając treść powyżej cytowanych przepisów ustawy Pzp na okoliczności niniejszej sprawy zważyć należy kolejno, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem 5.3.4 SWZ w ramach warunku dotyczącego zdolności technicznej instytucja Zamawiająca wymaga od każdego z wykonawców, by wykonał minimum jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. budową i/lub przebudową żłobka i/lub przedszkola i/lub budynku Szkoły o wartości zadania minimum 4.000.000.00 zł brutto każde zadanie.

Zgodnie z rozdziałem 7.3 a) SWZ, celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału

w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych, wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć wypełniony przez nich wykaz wykonanych robót budowlanych nie wcześniej

niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy

te roboty budowlane zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa,

są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty; według wzoru, stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ

W myśl § 9. 1. pkt 1) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat,

a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Żądanie dotyczy również podania

ich wartości, przedmiotu, dat wykonania oraz załączenia dowodów określających, czy te roboty zostały wykonane lub są wykonywane należyście. Przy czym dowodami, o których mowa,

są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane.

Jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów, potrzebne jest oświadczenie wykonawcy. Rozporządzenie wskazuje rodzaj dokumentu, tj. potwierdzenie, że usługa została wykonana należyście. Jak wynika z dokumentów przekazanych na wezwanie zamawiającego tj. wykazu robót budowlanych oraz protokołu końcowego odbioru robót z dnia 25 kwietnia 2019 roku dotyczącego Budowy Żłobka na Os. Wschód w Wągrowcu, wykonano prace

z opóźnieniem, jak również z wadami, usterkami i niedoróbkami, które stanowiły załącznik do niniejszego protokołu, a które nie zostały przedstawione oraz fakt ich naprawy nie został potwierdzony przez Zamawiającego Gminę Miejską w Wągrowcu. Sytuacja niedotrzymania warunków umownych, w tym terminu realizacji, powinna być postrzegana przy

ocenie prowadzonej przez zamawiającego jako nienależyte wykonanie umowy.

Zamawiający wskazując w pkt. 7.3 SWZ konieczność wykazania, że załączone dowody mają określać czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście. Zapis należy interpretować przez pryzmat profesjonalnego obrotu, a art. 471 k.c. stanowiącego domniemanie, że nienależyte wykonanie umowy jest zawinione przez dłużnika.

Oferent nie spełnia warunku SWZ albowiem z przedstawionego protokołu odbioru końcowego robót wynika, że robota została wykonana nienależyście – po terminie umownym (termin umowy 18 stycznia 2019 roku., data zakończenia prac 26 lutego 2019 roku) i z wadami,

co wynika z dokumentów dołączonych do oferty.

Nie ma dowodów na obalenie domniemanie z art. 471 k.c. sugerujące, że opóźnienie wykonania prac nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, a przedstawione w niniejszym odwołaniu dowody wskazują wręcz na zawinienie Wykonawcy w opóźnieniu wykonania żłobka w Wągrowcu – co czyni wykonanie tego zamówienia nienależyście.

Zamawiający weryfikując wykaz przedłożony przez Wykonawcę Budled Sp. z o.o. nie dostrzegł zaś w nim żadnych uchybień i doszedł do przekonania, że określony w nim przez Wykonawcę Budled „Budowy Żłobka na Os. Wschód w Wągrowcu” spełnia wymagania stanowiące opis dokonywania oceny warunku dotyczącego zdolności technicznych.

Tymczasem w odpowiedzi na wezwanie – pismem z dnia 19 lutego 2024 roku wykonawcy Budled złożono dalsze dokumenty takie jak:

- a) Wykaz ujawnionych wad i usterek
- b) Protokół z usunięcia wad i usterek
- c) Poprawiony wykaz plus oświadczenie z dnia 26 kwietnia 2019 roku.

Wykonawca ponadto stwierdził, iż w związku z budową żłobka realizowanego na rzecz Gminy Wągrowiec został obciążony notą obciążeniową w wysokości 65.600 złotych.

W związku z powyższym dokonana przez Zamawiającego ponowna ocena ofert i wybór oferty wykonawcy Budled jako najkorzystniejsza – w świetle przedstawionych dokumentów jest błędna, albowiem zdaniem Odwołującego - Wykonawca nie potwierdził należytego wykonania zamówienia wskazanego na spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w 5.3.4 SWZ - w ramach tego warunku dotyczącego zdolności technicznej instytucja Zamawiająca wymaga od każdego z wykonawców, by wykonał minimum jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. budową i/lub przebudową żłobka i/lub przedszkola i/lub budynku Szkoły o wartości zadania minimum 4.000.000.00 zł brutto każde zadanie.

Przedstawiona dokumentacja wraz z pismem z dnia 21 lutego 2024 roku nie potwierdza,

iż umowa została wykonana należyście albowiem istnieje sprzeczność wewnątrzna

tej dokumentacji oraz sprzeczność z innymi dokumentami. W konsekwencji Wykonawca – zdaniem odwołującego - nie potwierdził należytego wykonania zamówienia wskazanego

na spełnienie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z 5.3.4 SWZ.

Odwołujący wskazuje na następujące okoliczności i zagadnienia:

1. Protokół stanowiący załącznik nr 1 do protokołu z daty 25.04.2019 zawiera wykaz wad i usterek, a analiza braków wskazuje na:
  - a) Istotne braki w dokumentacji (brak wykazu wyposażenia, brak kart materiałowych, brak atestów i certyfikatów, protokoły uruchomienia pom)
  - b) Istotne braki w elementach wyposażenia (brak kompletu naczyń, brak pojemników w blacie GN1/6, brak hamaku w Sali rehabilitacyjnej, brak rozet etc
  - c) Obiekt jest nieposprzątny.
2. W konsekwencji podpisane przez Burmistrza Wągrowca w dniu 26.04.2019 roku poświadczenie wykonania prac w sposób należyty jest wątpliwe w świetle załącznika nr 1 do protokołu odbioru i wykazu usterek.
3. Usunięcie usterek zostało potwierdzone dopiero w dniu 1.07.2019 roku wyłącznie przez Burmistrza Gminy Wągrowiec, usunięcia usterek nie stwierdził powołany inspektor nadzoru.

Powyższe dokumenty nie mogą być analizowane w oderwaniu z pozostałymi dokumentami. Odwołujący w pierwszej kolejności wskazuje na:

A. Umowę nr T1.272.20.2018 zawartą między Gminą miejską Wągrowiec a Wykonawcą Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w której:

- w par. 3 ust. ee do obowiązków wykonawcy należy usunięcie wad i usterek lub pominięcie w realizowanych robotach budowlanych stwierdzonych w czasie odbiorów częściowych i końcowego, a następnie wezwanie Zamawiającego do wykonania ponownego odbioru,
- w par. 12 ust. 7 odbioru końcowego dokonuje komisja odbiorowa powołana przez Zamawiającego.

Wykonawca Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą przy ul. Ziębickiej 35, 60-164 Poznań nie przedstawił wymaganych umową:

- wezwania do ponownego wykonania odbioru
- protokołu odbioru podpisanego przez powołaną komisję

4. Nastąpiło przekroczenie terminu wykonania umowy

- a) Umowny termin wykonania żłobka w Wągrowcu to 13 grudzień 2018 roku
- b) Umowny termin wykonania żłobka w Wągrowcu po podpisaniu aneksu nr 1 to 18 stycznia 2019 roku

- c) Rzeczywisty termin zakończenia robót to 26 lutego 2019 roku w zakresie budowy żłobka oraz 19 kwietnia 2019 roku – wykonanie nawierzchni bezpiecznej placu zabaw 19 kwietnia 2019 roku.

Powyższe oznacza przekroczenie umownego terminu wykonania umowy przez Wykonawcę Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Gminy Miejskiej Wągrowiec. Opóźnienie może być zawinione lub niezawinione. Wykonawca, którego oferta została wybrana nie wykazał aby opóźnienie nie było zawinione przez niego.

Analiza dokumentów wskazuje, że opóźnienie było zawinione przez Wykonawcę Budled spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazuje na:

A. Warunki umowy nr TI.272.20.2018 zawartą między Gminą miejską Wągrowiec

a) Wykonawcą Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w której:

- Par. 5 pkt. 1 – przedmiot zamówienia należy zrealizować do 13 grudnia 2018 roku;
- Par. 5 pkt. 5 – wykonawca powinien dołożyć wszelkich należytych starań w celu uniknięcia opóźnień w realizacji robót objętych przedmiotem umowy oraz niezwłocznie poinformować Zamawiającego o wystąpieniu jakichkolwiek okoliczności mogących skutkować lub skutkujących opóźnieniem;
- Par. 20 ust. 1 pkt. 6 – przewidywał możliwość zmiany terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy w przypadku wystąpienia enumeratywnie wskazanych okoliczności.

B. W tym kontekście odwołujący wskazuje i podaje, iż w aneksie nr 1 z dnia 13 grudnia 2018 podpisany przez Gminą miejską Wągrowiec a Wykonawcą Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością strony wskazały nowy termin zakończenia przedmiotu umowy na dzień 18 stycznia 2019 rok (wydłużenie o 36 dni) wraz ze wskazaniem podstawy par. 20 ust. 1 pkt. 6:

- litera b – czyli zmiana terminu na skutek okoliczności niezawinionych stron
- litera e – czyli zmiana terminu na skutek nieprzewidywalne warunki archeologiczne, geologiczne i geotechniczne
- litera i – czyli zmiana terminu na skutek okoliczności leżących po stronie zamawiającego.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że strony ujęły przeszkody niezawinione w aneksie nr 1 oraz na tej podstawie zmieniły umowny termin zakończenia z dnia 13 grudnia 2018 roku na 18 stycznia 2019 roku. W tym kontekście przekroczenie terminu do dnia 26 lutego 2019 roku

w zakresie budynku żłobka i 19 kwietnia 2019 roku w zakresie nawierzchni bezpiecznej placu należy uznać za zawinione przez Wykonawcę.

Wykonawca Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą przy ul. Ziębickiej 35, 60-164 Poznań nie przedstawił wymaganych umową:

- okoliczności wpływających na opóźnienie po podpisaniu aneksu
- okoliczności wykazujących, iż opóźnienie nie było przez niego zawinione

Dowód: umowa nr TI.272.20.2018 z dnia 20 kwietnia 2018 roku wraz z aneksem nr 1

Wykonawca Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą przy ul. Ziębickiej 35, 60-164 Poznań potwierdził konieczność zapłaty kary umownej w kwocie 65.600 zł w wykonanej po terminie.

Prowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w odwołaniu jest niezbędne dla obalenia domniemania prawidłowości dokumentu urzędowego, jakim jest przedstawione przez Wykonawcę pismo Burmistrza Wągrowca 26 kwietnia 2019 roku – poświadczenia wykonania prac i okoliczności faktycznych wynikających z tych dokumentów przeczących zawartemu tam twierdzeniu, o wykonaniu prac w sposób należyty. W tym zakresie odwołujący wnosi też o przesłuchanie Burmistrza Gminy Miejskiej Wągrowiec J.B. na rozprawie i składa pismo Gminy Wągrowiec.

Odwołujący wskazuje i ma na uwadze, że referencje lub pismo o podobnej treści, z którego wynika, że inny Zamawiający stwierdza, iż dane roboty budowlane zostały wykonane należyście, nie daje podstawy do dalszej analizy w sprawie, co potwierdza orzecznictwo KIO. Niemniej jednak w przedmiotowej sprawie takie okoliczności nie zachodzą, albowiem Wykonawca Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie dołączył referencji do oferty i pierwszego wezwania Zamawiającego. Pismo o kwestionowanej treści pojawiło się po drugim wezwaniu, jednakże treść pisma nie koresponduje z innymi pozostałymi dokumentami,

a wręcz jest sprzeczna do tych dokumentów. Dodatkowo dołączone dokumenty przez odwołującego powyższe potwierdzają. W tym stanie wobec sprzeczności płynących z różnych dokumentów Zamawiający winien stwierdzić, iż Wykonawca Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie wykazał spełnienia warunku z 5.3.4 SWZ, a w konsekwencji na podstawie z art.226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art.128 ust. 1 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy Budled Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością winien odrzucić. Brak odrzucenia powoduje bowiem naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania

o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób niegwarantujący zachowanie zasady przejrzystości.

Mając na uwadze powyższe zarzut określony w petitum odwołania uznać należy za uzasadniony.

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego niniejsze odwołanie jest konieczne.

W dniu 11 marca 2024 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca BUDLED sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zwany dalej Przystępującym, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 20 marca 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił swoje stanowisko wobec zarzutów podniesionych w odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 20 marca 2024 roku również Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym podtrzymał wniosek o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika Postępowania Odwoławczego złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła**

**co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1610 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 4 marca 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę Budled Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego.

**Izba ustaliła i zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Na wstępie Izba wskazuje, że przedmiotem rozpoznania Izby są wyłącznie czynności Zamawiającego związane z wyborem oferty najkorzystniejszej z dnia 4 marca 2024 roku. Czynności Zamawiającego dokonane przez dniem 7 lutego 2024 roku związane

z wcześniejszym wyborem oferty najkorzystniejszej, który został unieważniony w dniu 19 lutego 2024 roku nie mogą podlegać rozpoznaniu w tym postępowaniu odwoławczym.

Rozpoznając zarzuty niniejszego odwołania, Izba w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutu drugiego, dotyczącego naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty Przystępującego, pomimo że oferta tego Wykonawcy nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych

tj. posiadania doświadczenie w wykonaniu minimum jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. budowie i/lub przebudowie żłobka i/lub przedszkola i/lub budynku Szkoły o wartości zadania minimum 4.000.000.00 zł brutto każde zadanie, a instytucja Zamawiająca nie dostrzegła sprzeczności w złożonych dokumentach przez oferenta i faktach, pomimo dwukrotnego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W treści SWZ w pkt 5.3.4 a) Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy:

*wykonał nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,*

*a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia tj. budowę i/lub przebudowę żłobka i/lub przedszkola i/lub budynku Szkoły o wartości zadania minimum 4.000.000.00 zł brutto każde zadanie.*

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 lutego 2024 roku, Przystępujący złożył następujące dokumenty potwierdzające posiadane doświadczenie:

- 1) wykaz ujawnionych wad, usterek i niedoróbek stanowiący załącznik nr 1 do protokołu końcowego z dnia 25 kwietnia 2019 roku,
- 2) protokół usunięcia wad, usterek i niedoróbek z dnia 1 lipca 2019 roku,
- 3) poprawiony wykaz wykonanych robót budowlanych zgodnie z zał. nr 4 do SWZ wraz z dokumentem potwierdzającym wykonane roboty, tj. poświadczeniem wykonania prac z dn. 24 kwietnia 2019 roku.

Analiza złożonych przez Przystępującego dokumentów na potwierdzenie posiadanego doświadczenia, w ocenie Izby czyni zarzut odwołania niezasadnym.

Przystępujący wykazał się doświadczeniem w realizacji zadania pn.: „Budowa żłobka na os. Wschód w Wągrowcu” w okresie od 2 maja 2018 r. do 26 lutego 2019 r. o wartości robót brutto 8.000.000,00 zł. Na potwierdzenie należytego wykonania robót Przystępujący złożył dokument: „Poświadczenie wykonania prac” z 26 kwietnia 2019 roku, w którym Burmistrz Gminy Wągrowiec potwierdził wykonanie ww. zadania w sposób należyty. Przystępujący potwierdził zatem posiadanie wymaganego doświadczenia co do zakresu, wartości, okresu jego nabycia, a także co do sposobu realizacji zamówienia z należytą starannością.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że załączony do Protokołu odbioru końcowego Załącznik nr 1 pt.: „Wykaz ujawnionych wad, usterek i niedoróbek” ma świadczyć

o nienależytym wykonaniu zamówienia. Odnosi się on do drobnych elementów, które Przystępujący zobowiązany był usunąć zgodnie z postanowieniami umowy. Natomiast w treści Protokołu końcowego odbioru robót z dnia 25 kwietnia 2019 roku Komisja stwierdziła,

że przedmiot umowy nr TI.272.20.2018 z 20 kwietnia 2018 r. i aneksu nr 1 z dnia 13 grudnia 2018 roku został niniejszym protokołem odebrany przez Zamawiającego i obiekt nadaje się do użytkowania zgodnie z wydanymi pozwoleniami na użytkowanie.

Dodać należy, że „Poświadczenie wykonania prac” zostało wystawioną z datą 26 kwietnia 2019 roku, a „Wykaz ujawnionych wad, usterek i niedoróbek” sporządzono w dniu 25 kwietnia 2019 roku, czyli jeden dzień wcześniej niż wystawiono ww. Poświadczenie. Zamawiający mógłby zatem przedmiotowe Poświadczenie wystawić dopiero po usunięciu wad, usterek

i niedoróbek, jednakże, pomimo ich istnienia w dacie 26 kwietnia 2019 roku, Zamawiający takie Poświadczenie wydał.

Powyższe w ocenie Izby dowodzi, że sam Zamawiający uznał,

że ujęte w wykazie wady, usterek i niedoróbki mają charakter marginalny dla całości wykonania zamówienia i nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia, że zamówienie nie zostało wykonane w sposób należyty.

Dodać należy, że kwestionowane wady, usterek i niedoróbki zostały przez Przystępującego usunięte w terminie, co wynika z „Protokołu z usunięcia wad, usterek i niedoróbek” z dnia

1 lipca 2019 roku złożonego przez Przystępującego. Bez znaczenia dla sprawy jest zatem okoliczność, że Przystępujący nie przedłożył wezwania do ponownego wykonania odbioru.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym, że z Protokołu odbioru końcowego robót z dnia 25 kwietnia 2019 roku wynika, że prace wykonano z opóźnieniem, co w ocenie Odwołującego powinno świadczyć o nienależytym wykonaniu zamówienia.

W treści Protokołu wskazano następujące daty:

*Umowny termin wykonania robót: 18 stycznia 2019 r.*

*Roboty rozpoczęto dnia 02.05.2018 r.*

*Roboty zakończono dnia: 26.02.2019 r. – zakończono prace w zakresie podstawowym przy budowie żłobka*

*oraz 19.04.2019 r. – wykonano nawierzchnię bezpieczna placu zabaw (zgodnie z zapisami dziennika budowy nr 190/2018 z dnia 19 kwietnia 2018 r.*

W Protokole wskazano na inne daty zakończenia tj.: umowną i rzeczywistą, jednakże z treści Protokołu nie wynika, że zamówienie zostało wykonane z opóźnieniem.

Co więcej, Odwołujący nie wykazał, że rozbieżności w datach zakończenia realizacji robót były wynikiem czynności zwinionych przez Przystępującego, natomiast Poświadczenie należytego wykonania robót przeczy takiemu stanowisku.

Zarzut Odwołującego nie znajduje zatem potwierdzenia w dokumentach, na które Odwołujący się powołuje.

Zamawiający dokonał oceny doświadczenia Przystępującego na podstawie złożonych przez niego dokumentów, z których wynika w sposób niebudzący wątpliwości,

że Przystępujący posiada wymagane doświadczenie, a należyte wykonanie zamówienia wskazanego na potwierdzenie tego doświadczenia zostało potwierdzone przez Burmistrza Gminy Wągrowiec.

Izba podkreśla, że nie jest uprawniona do analizy i oceny okoliczności stanowiących podstawę wykonania zamówienia w terminie innym, niż wynikał z Aneksu nr 1 do umowy TI.272.20.2018 a także okoliczności będących podstawą naliczenia kar umownych.

Izba natomiast ocenia czynność Zamawiającego, w oparciu o ustalony stan faktyczny,

z którego wynika, że pomimo podnoszonych przez Odwołującego okoliczności co do innego terminu zakończenia zamówienia oraz pojawienia się wad, usterek i niedoróbek (czemu Przystępujący nie zaprzeczał), Zamawiający – Gmina Wągrowiec uznał, że zadanie: „Budowa żłobka na os. Wschód w Wągrowcu” zostało wykonane w sposób należyty.

Zostało to również potwierdzone Poświadczeniem wykonania prac z 26 kwietnia 2019 roku.

W tych okolicznościach, czynność Zamawiającego, który uznał że Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu należy uznać za prawidłową, a zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) za niezasadny.

Izba uznała dowody złożone przez Odwołującego za nieprzydatne dla sprawy, bowiem odnoszą się one do okoliczności w realizacji zamówienia: „Budowa żłobka na os. Wschód w Wągrowcu”, które nie były sporne.

Izba oddaliła również zarzut pierwszy, dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z art. 128 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, pomimo że oferta tego wykonawcy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zamawiający w pkt 17 SWZ – „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, ustanowił jako kryteria oceny ofert: cenę – 60% oraz okres gwarancji i rękojmi – 40%.

Przystępujący, który zaoferował najniższą cenę w ramach ofert podlegających ocenie otrzymał w kryterium oceny ofert maksymalną ilość punktów, tj. 60, natomiast w kryterium okres gwarancji i rękojmi – 40 punktów, co łącznie przy licznie punktów 100, uplasowało go na pozycji pierwszej. Konsekwencją powyższego, był wybór oferty złożonej przez Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący w żadnym miejscu odwołania w zakresie uzasadnienia zarzutu, nie zakwestionował ani czynności Zamawiającego co do poprawności w przyznanej punktacji dla oferty Przystępującego, ani tego, że Zamawiający dokonał oceny ofert z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, tzn. na podstawie kryteriów oceny ofert innych,

niż określonych w dokumentach zamówienia. Nie uzasadnił również, w jaki sposób Zamawiający dokonał naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu

lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Odwołujący nie wykazał również, dlaczego w jego ocenie powyższe czynności Zamawiającego prowadzą do naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób niegwarantujący zachowania zasadny przejrzystości.

W tych okolicznościach zarzuty nie mogły zostać uwzględnione.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r.

(Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodnicząca: .....**