sygn. akt: **KIO 1661/23**

WYROK

z dnia 5 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Członkowie: Renata Tubisz

Adriana Urbanik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lipca 2023 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Wnortex sp. z o.o. z siedzibą w Dywitach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie**,

orzeka:

1 . **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego wykonawcy Wnortex sp. z o.o. z siedzibą w Dywitach z postępowania, ponowne badanie i cenę ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie**i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wnortex sp. z o.o. z siedzibą w Dywitach,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie** na rzecz wykonawcy **Wnortex sp. z o.o. z siedzibą w Dywitach** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie**.**

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

…….

sygn. akt: **KIO 1661/23**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Olsztynie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 595 w zakresie chodnika i zatok autobusowych w miejscowości Ruszajny”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 28 kwietnia 2023 r., pod nr 2023/BZP 00198504/01.

Dnia 5 czerwca 2023 roku, zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Wnortex sp. z o.o. z siedzibą w Dywitach.

Dnia 9 czerwca 2023 roku, wykonawca Wnortex sp. z o.o. z siedzibą w Dywitach (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. czynności zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania - na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 i pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 7 i pkt 8 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zaistniały przesłanki do wykluczenia odwołującego się z postępowania, wymienionych w przytoczonych przepisach.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1)nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczenia odwołującego z postępowania;

2)zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego na rzecz odwołującego;

3)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów:

▪ z dokumentów:

1)odpis z KRS odwołującego - na fakt treści dokumentu, w szczególności statusu przedsiębiorcy odwołującego oraz przedmiotu działalności w postaci robót budowlanych związanych z budową dróg i autostrad,

2)ogłoszenie o zamówieniu z dnia 28 kwietnia 2023 r. - na fakt treści dokumentu,

w szczególności zasad oraz warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotu zamówienia, wartości zamówienia,

3)oferta odwołującego - na fakt treści dokumentu, w szczególności złożenia oferty przez odwołującego na realizację zamówienia,

4)potwierdzenie złożenia oferty (automatycznie wygenerowana wiadomość e-mail) z dnia 29 lipca 2022 r. - na fakt treści dokumentu, w szczególności złożenia oferty przez odwołującego na realizację zamówienia,

5)informacja od zamawiającego o wykluczeniu z postępowania z dnia 5 czerwca 2023 r. - na fakt treści dokumentu, w szczególności wykluczenia odwołującego, podstaw wykluczenia,

6)Umowa nr ZDW/133/NZP.TI/TP-2.1/3220/50/2021 z dnia 14 września 2021 roku - na fakt treści dokumentu, współpracy stron, obowiązków stron,

7)pismo z dnia 30 czerwca 2022 r. z wezwaniem do przedłożenia gwarancji zapłaty na podstawie art. 649 [1] § 1 k.c. pod rygorem odstąpienia od umowy z winy inwestora na podstawie art. 649 [4] § 1 k.c., wraz z potwierdzeniem doręczenia wezwania

i pełnomocnictwem dla adw. Bartosza Majdy - na fakt wezwania zamawiającego do przedłożenia gwarancji zapłaty na podstawie art. 649 [1] § 1 k.c. pod rygorem odstąpienia od umowy z winy inwestora na podstawie art. 649 [4] § 1 k.c.,

8)zgłoszenie gotowości do odbioru z dnia 15 lipca 2022 roku - na fakt zakończenia robót i gotowości do odbioru końcowego,

9)zawiadomienie o zakończeniu budowy złożone 15 lipca 2022 roku do Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Olsztynie - na fakt zakończenia robót i gotowości do odbioru końcowego,

10)pismo z dnia 2 sierpnia 2022 roku z nieskutecznym oświadczeniem o odstąpieniu zamawiającego - na fakt nieskutecznego odstąpienia przez zamawiającego od Umowy, na fakt wskazania przez powoda bezskuteczności i zasadności odstąpienia,

11)pismo datowane na 2 sierpnia 2022 roku z odpowiedzią wykonawcy na odstąpienie - na fakt nieskutecznego odstąpienia przez zamawiającego od Umowy, na fakt wskazania przez powoda bezskuteczności i zasadności odstąpienia,

12)pismo zamawiającego 27.07.2022 roku - na fakt prawidłowego wykonania umowy przez powoda, w szczególności poprzez zakończenie robót w terminie uzgodnionym

z zamawiającym i w sposób zgodny ze specyfikacja, na fakt braku współdziałania zamawiającego w realizacji inwestycji,

13)pismo wykonawcy z 02.08.2022 roku - na fakt prawidłowego wykonania umowy przez powoda, w szczególności poprzez zakończenie robót w terminie uzgodnionym

z zamawiającym i w sposób zgodny ze specyfikacją, na fakt braku współdziałania zamawiającego w realizacji inwestycji,

14)zrzuty ekranu z aplikacji Whatsapp – wiadomości do M. Bryskiej ze zdjęciami humusowania - na fakt prawidłowego wykonania umowy przez powoda, w szczególności poprzez zakończenie robót w terminie uzgodnionym z zamawiającym i w sposób zgodny ze specyfikacją, na fakt braku współdziałania zamawiającego w realizacji inwestycji,

15)pismo wykonawcy z 11.08.2022 roku w odpowiedzi na protokół - na fakt prawidłowego wykonania umowy przez powoda, w szczególności poprzez zakończenie robót w terminie uzgodnionym z zamawiającym i w sposób zgodny ze specyfikacją, na fakt braku współdziałania zamawiającego w realizacji inwestycji,

16)pismo z 11 sierpnia 2022 roku w odpowiedzi na pismo z dnia 04.08.2022 roku – odniesienie się do protokołu oraz innej korespondencji - na fakt prawidłowego wykonania umowy przez powoda, w szczególności poprzez zakończenie robót w terminie uzgodnionym z zamawiającym i w sposób zgodny ze specyfikacją, na fakt braku współdziałania zamawiającego w realizacji inwestycji,

17)zawiadomienie o przekazaniu wyników zgłoszonych prac geodezyjnych z 22.07.2022 r. - na fakt prawidłowego wykonania umowy przez powoda, na fakt sporządzenia dokumentacji powykonawczej o prawidłowo wykonanym przedmiocie robót i złożenie jej do starostwa, na fakt braku współdziałania zamawiającego w realizacji inwestycji,

18)protokół nr 1 weryfikacji wyników zgłoszonych prac geodezyjnych Gk.6640.1.1517.2021 - na fakt prawidłowego wykonania umowy przez powoda, na fakt sporządzenia dokumentacji powykonawczej o prawidłowo wykonanym przedmiocie robót

i złożenie jej do starostwa, na fakt braku współdziałania zamawiającego w realizacji inwestycji,

19)pismo z dnia z dnia 17 sierpnia 2022 roku z odstąpieniem wykonawcy od Umowy na podstawie art. 649 [4] § 1 k.c. z winy zamawiającego - na fakt odstąpienia od Umowy przez wykonawcę z winy zamawiającego oraz naliczenia kary umownej,

20)wezwanie z dnia 17 sierpnia 2022 roku do zapłaty kary umownej - na fakt odstąpienia od Umowy przez wykonawcę z winy zamawiającego oraz naliczenia kary umownej,

21)pismo zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2022 roku ze stanowiskiem zamawiającego w zakresie odstąpienia - na fakt nieskutecznego kwestionowania odstąpienia przez zamawiającego,

22)pismo wykonawcy z dnia 22 sierpnia 2022 roku ze stanowiskiem zamawiającego oraz obszernym opisem sprawy - na fakt informowania zamawiającego o stanowisku wykonawcy,

23)pismo z dnia 26 sierpnia 2022 roku - wezwanie do udziału w inwentaryzacji robót

w toku po odstąpieniu od umowy z winy zamawiającego na podstawie §17 ust. 3 pkt 5 umowy - na fakt nieskutecznego kwestionowania odstąpienia przez zamawiającego i nieskutecznego odstąpienia przez zamawiającego,

24)pismo pełnomocnika wykonawcy z dnia 31 sierpnia 2022 roku (pismo datowane na 30 sierpnia 2022 roku) ze stanowiskiem wykonawcy - na fakt stanowiska wykonawcy oraz korespondencji stron,

25)protokół z inwentaryzacji z dnia 01.09.2022 roku - na fakt stanowiska wykonawcy oraz korespondencji stron,

26)pismo zamawiającego z dnia 07.09.2022 roku z uznanym zakresem - na fakt stanowiska wykonawcy oraz korespondencji stron,

27)pismo wykonawcy z dnia 12.09.2022 roku z rozliczeniem prac i fakturą VAT - na fakt stanowiska wykonawcy oraz korespondencji stron,

28)pismo wykonawcy z dnia 30 maja 2022 do ZDW Olsztyn z prośbą o wskazanie

w umowie podstaw żądania dodatkowych dokumentów sprzedażowych - na fakt żądania przez zamawiającego dokumentów nieprzewidzianych umową na danym etapie odbiorów częściowych, na fakt uniemożliwiania przez zamawiającego terminowego wykonania zobowiązania,

29)pismo zamawiającego z dnia 7 czerwca 2022 r. oznaczone ZDW-TI-5314/107.2/2022 - na fakt żądania przez zamawiającego dokumentów nieprzewidzianych umową na danym etapie odbiorów częściowych, na fakt uniemożliwiania przez zamawiającego terminowego wykonania zobowiązania,

30)pismo wykonawcy z dnia 16 czerwca 2022 r. będące odpowiedzią na pismo ZDW-TI/5314/107.2/2022 - na fakt żądania przez zamawiającego dokumentów nieprzewidzianych umową na danym etapie odbiorów częściowych, na fakt uniemożliwiania przez zamawiającego terminowego wykonania zobowiązania,

31)pismo wykonawcy z dnia 30 maja 2022 do ZDW Olsztyn z prośbą o wskazanie

w umowie podstaw żądania dokumentów dotyczących robót rozbiórkowych - na fakt żądania przez zamawiającego dokumentów nieprzewidzianych umową na danym etapie odbiorów częściowych, na fakt uniemożliwiania przez zamawiającego terminowego wykonania zobowiązania,

32)pismo zamawiającego z dnia 7 czerwca 2022 r. oznaczone ZDW-TI-5314/107.4/2022 - na fakt żądania przez zamawiającego dokumentów nieprzewidzianych umową na danym etapie odbiorów częściowych, na fakt uniemożliwiania przez zamawiającego terminowego wykonania zobowiązania,

33)pismo wykonawcy z dnia 14 czerwca 2022 r. będące odpowiedzią na pismo ZDW-TI-5314/107.4/2022 - na fakt żądania przez zamawiającego dokumentów nieprzewidzianych umową na danym etapie odbiorów częściowych, na fakt uniemożliwiania przez zamawiającego terminowego wykonania zobowiązania,

34)pismo wykonawcy z 30 maja 2022 r. do ZDW Olsztyn - na wykazanie faktu niewykonywania obowiązków przez Inspektora Nadzoru branży sanitarnej w szczególności poprzez niedochowanie terminów do sprawdzenia i zatwierdzenia zestawienia wykonanych robót, na fakt wpływu zachowania Inspektora Nadzoru branży sanitarnej na ciągłość

i terminowość wykonania robót,

35)pismo wykonawcy z 31 maja 2022 r do ZDW Olsztyn - na wykazanie faktu niewykonywania obowiązków przez Inspektora Nadzoru branży sanitarnej w szczególności poprzez niedochowanie terminów do sprawdzenia i zatwierdzenia zestawienia wykonanych robót, na fakt wpływu zachowania Inspektora Nadzoru branży sanitarnej na ciągłość

i terminowość wykonania robót,

36)pismo wykonawcy z 24 kwietnia 2021 roku - na wykazanie faktu składania wniosku terminowego przez wykonawcę oraz zwłoki zamawiającego w odpowiedzi,

37)pismo zamawiającego z 27 kwietnia 2022 roku - na wykazanie faktu składania wniosku terminowego przez wykonawcę oraz zwłoki zamawiającego w odpowiedzi,

38)film obrazujący użytkowanie przedmiotu umowy - na fakt wykonania przedmiotu robót zgodnie z umową i specyfikacją, na fakt użytkowania przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem,

39)pismo z dnia 21 lipca 2022 roku - na fakt użytkowania przedmiotu umowy zgodnie

z jego przeznaczeniem, na fakt braku wad istotnych przedmiotu umowy,

40)wiadomość e-mail wykonawcy z dnia 24 lutego 2022 roku - na fakt informowania zamawiającego przez wykonawcę o obiektywnych przesłankach do przedłużenia umowy, na fakt istnienia obiektywnych przeszkód wykonania robót w pierwotnym terminie,

41)wiadomość e-mail wykonawcy z 4 kwietnia 2022 roku - na fakt wniosku wykonawcy na zmianę materiału barierek w związku z brakiem dostępności materiałów przewidzianych

w specyfikacji i odmowy zamawiającego na ową zmianę, na fakt wydłużenia terminu realizacji zamówienia przed podwykonawcę Powoda na skutek niedostępności materiałów na rynku, na fakt wpływu aneksowania terminu z podwykonawcą na termin zakończenia całości robót,

42)Umowa i aneksy z Erplast sp. z o.o. - na fakt wniosku wykonawcy na zmianę materiału barierek w związku z brakiem dostępności materiałów przewidzianych w specyfikacji i odmowy zamawiającego ową zmianę, na fakt wydłużenia terminu realizacji zamówienia przez podwykonawcę Powoda na skutek niedostępności materiałów na rynku, na fakt wpływu aneksowania terminu z podwykonawcą na termin zakończenia całości robót,

43)pismo wykonawcy z dnia 2 sierpnia 2022 roku dotyczące ponaglania do uzyskania gwarancji zapłaty - na fakt wzywania przez wykonawcę do stanowienia Gwarancji zapłaty przez zamawiającego, na fakt bierności zamawiającego w spełnieniu ustawowych obowiązków,

44)pismo zamawiającego z 3 sierpnia 2022 roku będące odpowiedzią na pismo z dnia

2 sierpnia 2022 roku - na fakt wzywania przez wykonawcę do stanowienia Gwarancji zapłaty przez zamawiającego, na fakt bierności zamawiającego w spełnieniu ustawowych obowiązków,

45)pismo zamawiającego z dnia 2 czerwca 2023 roku L.Dz.949/06/23 wraz z kopią sprawozdania z badań - na fakt wymaganej przez specyfikację techniczną grubości warstwy ścieralnej, na fakt grubości warstwy ścieralnej wykonanej przez odwołującego, na fakt wykonania warstwy ścieralnej zgodnie ze specyfikacją, na fakt wezwania laboratorium do sprostowania omyłki pisarskiej i stwierdzenia prawidłowości wykonanej warstwy ścieralnej,

46)Specyfikacja Techniczna zamówienia Rozbudowa dw 544 – odcinek Działdowo-Kisiny - na fakt wymaganej przez specyfikację techniczną grubości warstwy ścieralnej, na fakt grubości warstwy ścieralnej wykonanej przez odwołującego, na fakt wykonania warstwy ścieralnej zgodnie ze specyfikacją, na fakt wezwania laboratorium do sprostowania omyłki pisarskiej i stwierdzenia prawidłowości wykonanej warstwy ścieralnej,

47)pismo odwołującego z dnia 5 czerwca 2023 r. do TPA Sp. z o.o. - na fakt wymaganej przez specyfikację techniczną grubości warstwy ścieralnej, na fakt grubości warstwy ścieralnej wykonanej przez odwołującego, na fakt wykonania warstwy ścieralnej zgodnie ze specyfikacją, na fakt wezwania laboratorium do sprostowania omyłki pisarskiej i stwierdzenia prawidłowości wykonanej warstwy ścieralnej,

48) kopia protokołu Sygnatura akt V GC 1587/22 - na fakt treści zeznań Łukasza Drzyzguły, na fakt powodów nieskutecznego odstąpienia od umowy zamawiającego, na fakt prawidłowości wykonania robót,

49)pismo zamawiającego z dnia 20.04.2023 r. - na fakt uznania wymagalności roszczenia odwołującego o zwrot zabezpieczenia wykonania robót, na fakt uznania prawidłowości wykonanych robót przez odwołującego,

▪z zeznań świadków (…),

▪z przesłuchania stron – z ograniczeniem do przesłuchania odwołującego (…).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła,

iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

W uzasadnieniu do wydanego orzeczenia, Izba wskaże tylko te elementy z odwołania, pism procesowych odwołującego oraz odpowiedzi na odwołanie oraz dalszych pism procesowych zamawiającego, które miały znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania.

Zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania wskazał podstawę prawną, tj. przepis art. 109 ust. 1 pkt 7) i pkt 8) ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający powołał się na następujące argumenty, cyt.: *„Zamawiający w trybie postępowania przetargowego nr ZDW/NZP.TI/TO-2.1/322-/50/2021 na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy PZP, 14.09.2021 r. zawarł umowę na roboty budowlane dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 544 na odcinku Działdowo-Mławka dla części pn.: Budowa ciągu pieszo-rowerowego oraz zatok autobusowych na odcinku*

Działdowo-Kisiny na etapy – Etap II"
z wykonawcą robót budowlanych WNORTEX Sp. z o. o., 11-001 Dywity, ul. Spółdzielcza 1H.

Zgodnie z zawartą umową, pierwotny termin wykonania wynosił 11 tygodni od dnia zawarcia umowy. Zamawiający, na wniosek Wykonawcy najpierw z uwagi na COVID-19, następnie z tytułu złych warunków atmosferycznych, wydłużył Wykonawcy termin wykonania umowy do dnia 15 kwietnia 2022 roku. Pomimo tego, że Zamawiający wydłużył, zgodnie z wnioskiem Wykonawcy, termin umowy z 3 miesięcy do ok. 8 miesięcy, Wykonawca nie wykonywał robót budowlanych. Nie było podstaw też ku temu, by zgodnie z Pzp i zapisami umowy, kolejny raz wydłużyć termin realizacji zamówienia.

Wykonawca pomimo kilkukrotnych wezwań do zakończania robót tj. 25.04.2022 r; 05.07.2022 r. oraz 21.07.2022 r., które nie zmieniały terminu spełnienia świadczenia niepieniężnego, ustalonego jak zaznaczono powyżej na 15 kwietnia 2022 r. nie zrealizował
w pełni zakresu robót objętych przedmiotem umowy.

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 02.08.2022 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr ZDW/133/NZP.TI/TP-2.1/3220/50/2021 z dnia 14 września 2021 roku, (…) i naliczył z tego tytułu karę umowną w wysokości (…). Na dzień odstąpienia do wykonania pozostały następujące prace: elementy bezpieczeństwa ruchu drogowego tj. oznakowania poziomego przejścia dla pieszych, uszczelnienie przestrzeni masą między ściekiem trójkątnym a krawędzią jezdni, uzupełnienie brakującego krawężnika, montaż zdemontowanej przez Wykonawcę na czas robót pokrywy studni kanalizacji deszczowej, brak humusowania oraz nie uporządkowany teren wokół budowy.

Trzeba też zaznaczyć co potwierdzają badania wykonane m. in. przez laboratorium TPA, że Wykonawca wadliwie wykonał warstwę ścieralną więc te prace nie nadają się do odbioru. Zamawiającemu, mimo podejmowanych prób, do dziś nie udało się pozyskać Wykonawcy, który zrealizowałby prace związane z ponownym ułożeniem warstwy ścieralnej.

Spowodowane jest to trudnościami technologicznymi polegającymi m.in. na możliwości uszkodzenia ustawionych obrzeży i barier w trakcie prac związanych z frezowaniem istniejącej warstwy ścieralnej oraz układaniem nowej, co będzie się wiązało z rozszerzeniem zakresu robót o ich naprawy.

Dodatkowo Zamawiający, w trybie art. 300 w związku z art. 301 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp zlecił wykonawstwo zastępcze w celu zakończenia robót nieskończonych. Z tego tytułu Wykonawcy zastępczemu zostało wypłacone wynagrodzenie w kwocie 239.610,15 zł brutto.

Jednocześnie Wykonawca, mając informacje w powyższym zakresie i będąc świadomym niewykonania i nienależytego wykonania, w znacznym stopniu i zakresie, z przyczyn leżących po jego stronie, istotnych zobowiązań wynikających z ww. umowy w sprawie zamówienia publicznego, w postępowaniu na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 595 w zakresie chodnika i zatok autobusowych w miejscowości Ruszajny", w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą w dniu 19.05.2023 r., stanowiącym wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 ustawy Pzp".

Odwołujący w swojej argumentacji zawartej w odwołaniu oraz dalszych pismach procesowych wskazywał na okoliczność braku współpracy zamawiającego z odwołującym
w celu wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazywał, co następuje.

Pismem z dnia 30 czerwca 2022 r. odwołujący (wykonawca w tamtym przedmiocie robót) wezwał zamawiającego do przedłożenia gwarancji zapłaty na podstawie art. 649^1 § 1 k.c. pod rygorem odstąpienia od umowy z winy inwestora na podstawie art. 649^4 § 1 k.c. (dalej: „Żądanie Gwarancji Zapłaty"). W okresie od wezwania z dnia 30 czerwca 2022 roku, roboty budowlane zostały w całości wykonane zgodnie z zapisami Umowy, a wykonawca dnia
15 lipca 2022 r. zgłosił na piśmie gotowość do odbioru końcowego robót. Zgodnie z §14 ust. 4 Umowy zamawiający powinien dokonać odbioru końcowego w ciągu 7 dni od dnia zgłoszenia, czego zamawiający nie dopełnił, naruszając tym samym zapisy umowne. W tym samym dniu wykonawca zgłosił zakończenie budowy do Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Olsztynie. Zamawiający do złożenia zawiadomienia z dnia 15 lipca 2022 roku i po nim dalej nie złożył odwołującemu gwarancji płatności.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 czerwca 2022 r., zamawiający złożył w dniu 2 sierpnia 2022 roku, oświadczenie o odstąpieniu o umowy, które nie miało żadnych podstaw prawnych i faktycznych i nie zostało uznane przez odwołującego (dalej: „Odstąpienie ZDW"). Ponadto na podstawie art. 649^2 § 2 k.c. należy uznać, że odstąpienie zamawiającego od Umowy spowodowane było Żądaniem Gwarancji Zapłaty i przez to – choćby z tego powodu - było bezskuteczne (choć bezskuteczności wynikała również z okoliczności sprawy, tzn. braku podstaw odstąpienia przez zamawiającego).

Na dzień 05.08.2022 roku, na skutek zgłoszenia gotowości do odbioru wykonawcy z dnia 15.07.2022 roku, został wyznaczony termin inwentaryzacji robót. Odwołujący dodatkowo wskazuje, że dokument zatytułowany jako: Protokół z inwentaryzacji stanu zaawansowania robót przy zadaniu (…) z dnia 05.08.2022 roku, nie spełniał przesłanek umownych

określonych w §17 ust. 3 pkt 5 Umowy, w szczególności przesłanki szczegółowości w zakresie określenia wykonanych robót i ich wartości. Dlatego wykonawca domagał się kolejnej inwentaryzacji, co nastąpiło 01.09.2022 roku.

W dokumencie sporządzonym na spotkaniu w dniu 05.08.2022 roku, zamawiający zgłosił jedynie uwagi w zakresie rzekomych braków, które zostały przez wykonawcę w całości odrzucone. Zamawiający wpisał następujące uwagi, nieprawidłowo podnosząc, że stanowią one „niewykonanie umowy":

a)brak oznakowania poziomego, przejście dla pieszych km 1+475 (km projektowy)

b)brak krawężnika 0,80 m na km 1+483

c)brak pokrywy studni D2-20

d)brak uszczelnienia masą krawędzi ścieku trójkątnego z krawędzią jezdni – cały odcinek

e)brak humusowania z obsianiem – cały odcinek

f)brak zamulenia w zatoce autobusowej w km 2+347

g)brak operatu kolaudacyjnego zgodnie z umową.

Odwołujący odmówił podpisania ww. protokołu z uwagi na fakt, że był on sprzeczny ze stanem faktycznym oraz warunkami umownymi, szczególnie poprzez uniemożliwienie wykonawcy zgłaszania swoich uwag do protokołu.

Natomiast w drugim piśmie z dnia 11.08.2022 roku, wykonawca szczegółowo odniósł się do punktów „protokołu" – uwagi te były zgłaszane 05.08.2022 roku, jednak zamawiający odmówił ich wpisania do protokołu:

a) brak oznakowania poziomego, przejście dla pieszych km 1+475 (km projektowy)

Wykonawca wskazał, że oznakowanie zostało wykonane zgodnie z przesłanym Zamawiającemu protokołem dnia 15.07.2022 r. Zamawiający przedstawił Wykonawcy zdjęcia z ustawiana znaków pionowych, gdzie Wykonawca podkreśla, że ustawienie znaków docelowych nie jest w zakresie umowy i OPZ, więc nie podlega odbiorowi.

b) brak krawężnika 0,80 m na km 1+483

Wskazany miejscowy brak krawężnika 0,8 m, podczas spotkania okazał się szkodą wyrządzoną podczas użytkowania obiektu. W opinii Wykonawcy niedorzeczny jest fakt, aby wskazywać niedokończenie robót wraz z odstąpieniem, powołując się na nie wykonanie 0,8 m krawężnika, gdzie według kosztorysu ofertowego jego wykonanie to koszt zaledwie 68 zł netto. W tej sytuacji widać ewidentnie, że Zamawiający działa z premedytacją na szkodę spółki.

c) brak pokrywy studni

Wykonawca zwrócił uwagę, że za brak pokrywy nie ponosi winy, gdyż ta została skradziona jeszcze przed protokolarnym przejęciem terenu budowy. Już we wcześniej przesłanej korespondencji, Wykonawca wskazał, że posiada OC firmy, której kopię posiada Zamawiający i jak zostało podniesione również na spotkaniu, może zgłosić szkodę do ubezpieczyciela. Wskazany element nie jest robotą budowlaną objętą zakresem Umowy czy projektu.

d) brak uszczelnienia masą krawędzi ścieku trójkątnego z krawędzią jezdni – cały odcinek

Wykonanie robót polegających na cięciu masy są robotami dodatkowymi, których Zamawiający nie zaakceptował. W związku z tym, Wykonawca nie mógł wykonać uszczelnienia. Podczas spotkania przedstawiciel Wykonawcy podkreślił, że zakres prac objętych umową nie zawiera w prac polegających na cięciu krawędzi piłą mechaniczną i firma uznaje, że roboty polegające na uzupełnieniu szczelin zostały wykonane poprzez cięcie krawędzi drogi, tak jak postąpił Zamawiający w odniesieniu do robót dodatkowych polegających na rozbiórce przepustów, a wykonaniem zamuleniem przepustów.

e) brak humusowania z obsianiem – cały odcinek

Wykonawca podkreślał i dalej podtrzymuje, że wykonał humusowanie na całym odcinku. Potwierdzają to min. zdjęcia przesłane dnia 20.05.2022 r. do Pani Magdaleny Bryskiej. Ponadto brak wyrośniętej trawy w niektórych miejscach podlega gwarancji zgodnie z umową, gdzie Zamawiający wzywa do usunięcia usterki. To kolejny bezpodstawny powód dla Zamawiającego, aby od umowy odstąpić.

f) brak zamulenia w zatoce autobusowej w km 2+347

Wykonawca potwierdza, że zamulenie w zatoce autobusowej zostało wykonane. Zalegające kruszywa mogą pochodzić z budowy sąsiadującej z inwestycją, która jest aktualnie realizowana przez innego Wykonawcę.

g) brak operatu kolaudacyjnego zgodnie z umową.

Wykonawca wniósł ustną uwagę, której to odmówiono zapisu na protokole. Wykonawca wielokrotnie próbował przekazać dokumentację powykonawczą, lecz Zamawiający odmawiał jej przyjęcia. Dokumenty ostatecznie zostały przekazane Zamawiającemu przez Kierownika Budowy na owym spotkaniu w dniu 05.08.2022 r.

Dodatkowo na spotkaniu Zamawiający cały czas zwracał uwagę i fotografował zalegające na ścieżce plastikowe butelki. Wykonawca podkreśla, że śmieci są pozostawione przez mieszkańców i użytkowników ścieżki, nie zaś przez pracowników Wykonawcy.

W dniu 17 sierpnia 2022 roku, z uwagi na fakt braku przedłożenia żądanej gwarancji zapłaty, wykonawca złożył zamawiającemu, na podstawie art. 649^4 § 1 k.c., oświadczenie
o odstąpieniu od Umowy z winy zamawiającego (dalej: „Odstąpienie Wykonawcy"). W tym samym dniu wykonawca naliczył zamawiającemu karę umowną i wezwał go do zapłaty oraz wezwał do zapłaty kwoty w wysokości 132 808,11 zł

tytułem wniesionego przez wykonawcę w formie pieniężnej zabezpieczenia należytego wykonania umowy nr ZDW/133/NZP.TI/TP-2.1/3220/50/2021 z dnia 14 września 2021 roku.

W dniu 26 sierpnia 2022 roku, wykonawca skierował do zamawiającego wezwanie do udziału w inwentaryzacji robót w toku po odstąpieniu od umowy z winy zamawiającego na podstawie §17 ust. 3 pkt 5 umowy (omyłkowo w tytule pisma wskazano „z winy Wykonawcy"). W wezwaniu odwołujący wskazał, że mając na uwadze odstąpienie przez wykonawcę od Umowy z winy zamawiającego w dniu 17 sierpnia 2022 roku, działając na podstawie §17 ust. 3 pkt 5 Umowy, wzywa do udziału w sporządzeniu szczegółowego protokołu inwentaryzacji robót w toku wraz z zestawieniem wartości wykonanych robót według stanu na dzień odstąpienia, przy czym wykonawca stał konsekwentnie na stanowisku, że Umowa i roboty będące jej przedmiotem, zostały wykonane w 100%, zgodnie z jej treścią. Ponadto wezwał zamawiającego do przejęcia terenu budowy na podstawie §17 ust. 4 pkt 2 Umowy.

W tym samym piśmie wykonawca zakwestionował zarówno odstąpienie zamawiającego, jak i następnie sporządzenie dokumentu zatytułowanego nieprawidłowo jako: Protokół
z inwentaryzacji stanu zaawansowania robót przy zadaniu pn: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 544 na odcinku Działdowo – Mławka dla części pn.: Budowa ciągu pieszo-rowerowego oraz zatok autobusowych na odcinku Działdowo-Kisiny na etapy – Etap II" z dnia 05.08.2022 roku, ponieważ taki dokument nie znajdował podstaw faktycznych. Co więcej, wykonawca wskazał też, że sam rzekomy „protokół inwentaryzacji" nie mógłby mieć takiego charakteru nawet przy skutecznym odstąpieniu zamawiającego, a to chociażby z tego względu, że nie spełnia przesłanek umownych określonych w §17 ust. 3 pkt 5 Umowy, w szczególności przesłanki szczegółowości w zakresie określenia wykonanych robót i ich wartości i już z tego względu – jako wadliwy i sprzeczny z Umową – jest dokumentem niemającym charakteru protokołu inwentaryzacji, który nie rodzi żadnych skutków prawnych po żadnej ze stron Umowy,
w szczególności po stronie wykonawcy, a może stanowić jedynie jednostronne oświadczenie zamawiającego o charakterze faktycznym, nie prawnym i uznany został przez wykonawcę za nieistniejący.

W dniu 01.09.2022 roku, została przeprowadzona inwentaryzacja robót w toku, w ramach której zaakceptowana została większość robót (bezsporne), co potwierdza pismo z dnia 07.09.2022 roku. Odwołujący stoi jednak na stanowisku, że wykonał umowę w całości, zgodnie z jej postanowienia i specyfikacją.

Odwołujący wskazał, że nawet uznając, że w stanie faktycznym sprawy doszło do opóźnienia po stronie wykonawcy, podkreślenia wymaga, że za opóźnienie to wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Wynika to z faktu, że wydłużenie terminu realizacji było spowodowane powtarzającymi się działaniami zamawiającego wywołującymi konieczność podjęcia dalszych czynności przez wykonawcę, a jednocześnie nieuprawnionymi umownie lub będącymi nadużyciami przedstawicieli zamawiającego, na szkodę sprawnej realizacji Umowy.

Takiego wpływu zamawiającego na wydłużoną realizację Umowy wykonawca upatruje m.in. w zaniechaniu przez zamawiającego odniesienia się do prośby wykonawcy o wyrażenie zgody na zmianę materiału do wykonania barierek w miejsce zastosowania materiału zgodnego ze specyfikacją techniczną. Wydłużony do 31 maja 2022 roku, a następnie 10 czerwca 2022 roku okres realizacji przedmiotowej dostawy wywołany został nieuzyskaniem przez wykonawcę zgody zamawiającego na zmianę materiału. Z uwagi na brak jakiejkolwiek reakcji zamawiającego na prośbę dot. wyrażenia zgody na zmianę materiału, opóźnienie tak powstałe należy traktować jako wywołane bezpośrednio zaniechaniem zamawiającego. Wykonawca przedstawił bowiem rozwiązanie alternatywne, które umożliwiłoby uniknięcie opóźnienia. Kolejnym przykładem takiego wpływu zamawiającego na realizację umowy jest utrudnianie przez jego przedstawicieli dokonania odbiorów częściowych o numerach 5 i 6. Wykonawca dnia 30 marca 2022 roku dostarczył zamawiającemu dokumentację wykonawczą, zawierającą także wymagane badania, spełniającą wymogi § 5 ust. 1 i 2 Umowy, przygotowywaną od 13 marca 2022 roku. Po ich dostarczeniu występujący ze strony zamawiającego przedstawiciele działający wraz z Inspektorem Nadzoru wymagali złożenia na tym etapie dokumentacji niewymaganej umową do rozliczenia częściowego robót. Było to m.in. żądanie dokumentacji w postaci dokumentacji z utylizacji i in. Dokumentacja ta nie była jednak zgodnie z wiążącą strony Umową wymagana od wykonawcy na etapie rozliczeń częściowych, a dopiero wraz dokumentacją powykonawczą przedkładaną przez wykonawcę dopiero do końcowego odbioru robót. Powodowało to wydłużenie procedur bez rzeczywistego umocowania przedstawicieli zamawiającego do żądania takiej dokumentacji na wskazanym etapie. Dokumentacja ta nie była również konieczna przy odbiorze częściowym.

Kolejne komplikacje w zakresie dokumentacji, za które w ocenie wykonawcy odpowiedzialność ponosi zamawiający miały miejsce wraz z przedłożeniem dnia 16 maja 2022 roku kompletnej dokumentacji branży sanitarnej w celu sprawdzenia i zatwierdzenia przez Inspektora Nadzoru z branży sanitarnej. Zgodnie z treścią § 5 ust. 3 Umowy Inspektor Nadzoru winien dokonać sprawdzenia przekazanej dokumentacji w terminie 7 dni od jej dostarczenia. Odpowiedź Inspektora Nadzoru została jednak wystosowana dopiero po 10 dniach od dostarczenia dokumentacji. Inspektor Nadzoru z branży sanitarnej odpowiadał także za podejmowanie za opóźnienie czynności wymaganych do sprawnej realizacji umowy,
w szczególności poprzez opieszałe procedowanie składanych w toku realizacji wniosków materiałowych oraz protokołów

konieczności. Utrudniony kontakt i opieszałe działania w tym zakresie powodowały każdorazowo opóźnienia dezorganizujące pracę nad realizacją umowy. Działania te nie obyły się bez reakcji wykonawcy i zagadnienia te zostały zamawiającemu zgłoszone pismem z dnia 30 maja 2022 roku. Wykonawca 31 maja przesłał kolejne pismo odnoszące się do rażącego zachowania Inspektor Nadzoru branży sanitarnej.

Wymienione działania i zaniechania zamawiającego wykonawca traktował i nadal traktuje jako podstawy do zmiany umowy z uwagi na okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, a więc na podstawie § 19 ust. 1 pkt 1 lit. a Umowy. Z powyższego tytułu należy uznać, że zmiana Umowy w zakresie terminu realizacji była całkowicie uzasadniona. Wydłużony termin realizacji należy natomiast traktować jako opóźnienie zamawiającego, ewentualnie wydłużoną realizację spowodowaną brakiem współdziałania zamawiającego.

Wskazać należy w tym miejscu, że wykonawca zwracał się do zamawiającego o zmianę umowy w zakresie terminu końcowego i ustalenie go na 15 lipca 2022 roku. Podkreślić należy, że wniosek o zmianę terminu przez wykonawcę składany był już 24 kwietnia 2022 roku (błędnie datowany na 24 listopada 2021 r.). Pomimo wystąpienia przesłanek przedłużenia umowy (aneksu terminowego), zamawiający odmówił zawarcia wskazanego aneksu.

Krajowa Izba Odwoławcza, w zakresie wyżej powołanej argumentacji odwołującego, dopuściła i przeprowadziła dowody powołane przez odwołującego, z wyjątkiem dowodu
z zeznań świadków, uznając przeprowadzenie takiego dowodu za zbędne, wydłużające prowadzenie postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na stanowisko odwołującego wskazał, co następuje.

Zamawiający nie może przeczyć temu, że odwołujący miał wykonać ściśle wyspecyfikowany przedmiot umowy i w uwagi na powstanie okoliczności wskazanych
w aneksach, termin umowny został ostatecznie wydłużony do 15 kwietnia 2022 r. I w tym terminie odwołujący prac nie wykonał, więc zamawiający wyznaczając ostateczny termin, wzywał go do dokończenia robót. Zaznaczyć należy, że w tym wypadku nie dochodziło do zmiany terminu spełnienia świadczenia niepieniężnego, a przed odstąpieniem od umowy

Zamawiający wzywał odwołującego do wykonania obowiązków umownych. 15 lipca 2022 r. odwołujący dał jasny wyraz temu, że prac nie będzie kontynuował bowiem te, w jego ocenie, zostały zrealizowane w całości. Odwołujący tego też dnia dokonał niezgodnego
z rzeczywistością wpisu z dzienniku budowy, jak też złożył zgłoszenie zakończenia robót bez załączników. Po przeglądzie prac zamawiający wskazał, że roboty nie zostały ukończone
a wobec braku reakcji ze strony odwołującego ostatecznie od umowy odstąpiono z przyczyn wyłącznie zależnych od odwołującego. Wbrew twierdzeniom odwołującego złożenie świadczenia o odstąpieniu nie miało nic wspólnego z żądaniem nieuprawnionej gwarancji nie tylko na kwotę wynagrodzenia, ale także wyimaginowane wynagrodzenie dodatkowe. To było podyktowane wyłącznie brakiem woli dokończenia prac skąd inąd wedle wiedzy zamawiającego nie tylko na tym kontrakcie, ale także na innych, gdzie umowy zawierali inni zamawiający.

Zamawiający z udziałem odwołującego w dniu 5 sierpnia 2022 r. sporządził wykaz prac nie wykonanych. Wykazu tego odwołujący nie podpisał, ale Kierownik budowy uznając,
że zawarte w dokumencie tym informacje są prawdziwe swój podpis złożył.

Zamawiający obciążył odwołującego karą umowną z tytułu odstąpienia.

Oprócz niewykonania części prac, dodatkowo roboty związane z ułożeniem warstwy ścieralnej nie spełniały wymogów kontraktowych. Odwołujący do pewnego momentu tej wadliwości nie kwestionował, co potwierdza korespondencja email prowadzona z faktycznym wykonawcą, bo ten polecił faktycznemu wykonawcy sfrezowanie warstwy ścieralnej i ułożenie nowej. Faktyczny wykonawca proponował odmienne rozwiązania związane z usunięciem wad i ten podawał, że jest skłonny do wydłużenia gwarancji do 10 lat. Wobec tego, że odwołujący nie wyrażał zgody na zmianę terminu obowiązywania gwarancji do zawarcia porozumienia nie doszło. Można nadmienić, że w tym roku odwołujący podał, że takie wydłużenie jest możliwe, ale potem z tych deklaracji zrezygnował podając dodatkowo, że propozycja taka nie miała nic wspólnego z ujawnionymi wadami.

Tym samym zamawiający zlecił wykonanie prac polegających na dokończeniu zakresu odwołującego za kwotę 239.610, 15 zł, jak też przeprowadził postępowanie w zakresie wyboru wykonawcy na ponowne wykonanie warstwy ścieralnej. Wykonawcy nie udało się wybrać więc zamawiający będzie podejmował dalsze działania mające na celu wyeliminowanie tej wady. Można przyjmować, że koszt naprawy w tym wypadku przekroczy dość znacznie 200.000,00 zł netto.

Odwołujący został również obciążony karą umowną w wysokości 265.616, 23 zł z tytułu odstąpienia od umowy. (…).

Zdaniem zamawiającego, bez wątpienia zatem, w tym wypadku, zaszły fakultatywne przesłanki wykluczenia odwołującego, bowiem:

-odwołujący nie wykonał zobowiązania co do około 10% wartości umowy,

-odwołujący wykonywał roboty nienależycie w zakresie warstwy ścieralnej przez co zamawiający będzie musiał wydatkować kwotę przewyższającą 200.000, 00 zł netto (kolejne 10%),

-odwołujący długotrwale nie wykonywał istotnych zobowiązań umownych mimo upływu terminu wykonania całości, a nie części prac na 15 kwietnia 2022 r.,

co doprowadziło do odstąpienia od umowy, powstania szkody, wprowadzenia wykonawstwa zastępczego.

Ponadto nie tylko w toku postępowania, ale również i w odwołaniu od decyzji zamawiającego, odwołujący w wyniku zamierzonego działania wprowadził uprzednio zamawiającego, a obecnie także usiłuje wprowadzić Izbę o tym, że ten nie podlega wykluczeniu, które to informacje miały kluczowy wpływ na decyzje zamawiającego z uwagi choćby na ranking wykonawców ubiegających się o zamówienie. Ponadto odwołujący się zataił informacje o istniejących podstawach do wykluczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, jak to wynika z informacji zamawiającego
o wykluczeniu odwołującego z postępowania, iż na dzień odstąpienia od Umowy,
do wykonania pozostały następujące prace:

- elementy bezpieczeństwa ruchu drogowego tj. oznakowania poziomego przejścia dla pieszych,
- uszczelnienie przestrzeni masą między ściekiem trójkątnym a krawędzią jezdni,
- uzupełnienie brakującego krawężnika,
- montaż zdemontowanej przez wykonawcę na czas robót pokrywy studni kanalizacji deszczowej,
- brak humusowania oraz
- nieuporządkowany teren wokół budowy.

Dodatkowo zamawiający podał, iż wykonawca wadliwie wykonał warstwę ścieralną więc te prace nie nadają się do odbioru.

Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający może wykluczyć
z postępowania wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej.
Art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej upoważnia zamawiającego do wykluczenia 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 wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej uprzedniej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części daje podstawę do wykluczenia wykonawcy (*por. wyrok w sprawie Forposta*). Przy ocenie, czy stopień niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest wystarczająco „znaczny", należy wziąć pod uwagę zarówno kryteria jakościowe, takie jak brak wymaganej staranności lub stopień wadliwości dostarczonego produktu, świadczonej usługi lub wykonanego obiektu budowlanego, jak i ilościowe, biorąc pod uwagę zakres niewykonanych lub nienależycie wykonanych świadczeń oraz rozmiar wynikłych stąd szkód. Według kryteriów jakościowych stopniować można nienależyte wykonanie zobowiązania. Stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest niewątpliwie znaczący, jeżeli zachowanie wykonawcy wykazuje na poważne niedbalstwo, polegające na znacznym odchyleniu się od wzorca należytej staranności. Według ustawodawcy europejskiego poważnym brakiem
w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów w ramach wcześniejszego zamówienia jest 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 podające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy (por. motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej). Niekiedy jednak także drobne niedociągnięcia będą prowadzić do wykluczenia wykonawcy, jeżeli się powtarzają. Nienależyte wykonanie zobowiązania nie musi być znaczące w przyjętym wyżej znaczeniu, jeżeli wykonawca „długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie". Długotrwałe nienależyte wykonywanie zobowiązania ma miejsce, jeżeli wykonawca regularnie nienależycie wykonuje zobowiązanie, nawet jeżeli w danym wypadku stopień wadliwości nie jest znaczny. Przykładem może być regularne niedotrzymywanie terminów realizacji powtarzających się dostaw lub usług objętych jedną umową. Oceniając, czy wykonawca długotrwale nienależycie wykonuje zobowiązanie, uwzględnia się tylko konkretne zamówienie, w którym doszło do zastosowania sankcji określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a nie kilka zamówień, chyba że poszczególne zamówienia są objęte jedną umową ramową. Nie każdy przypadek znaczącego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania daje podstawę do wykluczenia wykonawcy. Musi to być naruszenie istotnego zobowiązania. Istotne zobowiązanie należy zasadniczo utożsamić z zobowiązaniem do spełnienia świadczenia głównego. Przeciwieństwem zobowiązań istotnych są obowiązki uboczne lub pomocnicze towarzyszące

świadczeniu głównemu, które służą zapewnieniu, że świadczenie to osiągnie oczekiwany cel i będzie rzeczywiście prowadzić do zaspokojenia interesu wierzyciela. Obowiązki uboczne oznaczają wszystkie te obowiązki, które służą przygotowaniu, przeprowadzeniu, zabezpieczeniu i rozliczeniu świadczenia, w szczególności obowiązki informacyjne oraz dotyczące sporządzenia lub wydania dokumentów (np. art. 459 Kc, art. 460 Kc, art. 546 Kc, art. 6882 Kc, art. 738 § 1 Kc). Zwykle mają funkcję porządkową lub wynikającą z zasad lojalności kontraktowej lub służą ochronie zaufania (Por. F. Zoll, [w:] A. Olejniczak [red.], System prawa prywatnego, t. 6, Warszawa 2018, Legalis, rozdział VI, Nb. 209). W praktyce odróżnienie istotnych zobowiązań od obowiązków ubocznych może stwarzać problemy. Przykładem jest naruszenie obowiązku zgłoszenia podwykonawcy. Jeżeli umowa przewiduje nakaz osobistego spełnienia świadczenia przez wykonawcę (art. 121 Pzp) lub uzależnia skorzystanie z podwykonawcy od uzyskania uprzedniej zgody zamawiającego,
w szczególności w celu umożliwienia temu ostatniemu upewnienia się, że nie ma podstaw do wykluczenia podwykonawcy (art. 462 ust. 6 i 7 Pzp), taki obowiązek należy zakwalifikować jako istotne zobowiązanie (por. wyrok z dnia 3 października 2019 r. w sprawie C-267/18 Delta Antrepriză de Construcţii şi Montaj 93 SA przeciwko Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA, ECLI:EU:C:2019:826, pkt 32). Powierzenie wykonania zobowiązania osobie trzeciej wbrew obowiązkowi osobistego spełnienia świadczenia stanowi bowiem niewykonanie zobowiązania. Niekiedy jednak brak takiego zgłoszenia nie wyłącza możliwości wykonania zamówienia przez podwykonawcę (np. art. 6471 Kc, art. 738 § 1 Kc, art. 464 ust. 3 Pzp). W takim wypadku brak wymaganego zgłoszenia jest naruszeniem obowiązku ubocznego (por. opinia rzecznika generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony w sprawie Delta, pkt 44; F. Zoll, [w:] A. Olejniczak [red.], System prawa prywatnego, t. 6, Warszawa 2018, Legalis, rozdział VI, Nb. 209). Zgodnie z art. 109 ust. 3 Pzp w przypadku wystąpienia podstawy wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp zamawiający może nie wykluczyć wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne. Za oczywiście nieproporcjonalne można jednak uznać wykluczenie wykonawcy w przypadku, gdy znaczące naruszenie zobowiązania miało charakter incydentalny, a wykonawca od tego czasu prawidłowo realizuje zamówienia. Drobne naruszenia zobowiązania nie prowadzą do wykluczenia wykonawcy, o ile się niepowtarzają (por. motyw 101 preambuły dyrektywy klasycznej) [Prawo zamówień publicznych – Komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021].

W ocenie Izby, zarówno charakter naruszenia jak i jego zakres zarówno ilościowy, jak
i wartościowy nie mogły stanowić podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Drobne, z punktu widzenia użytecznego wykorzystania przedmiotu umowy, wady w wykonaniu inwestycji, nie mogą wywoływać, tak sankcyjnego skutku wobec wykonawcy, jaki próbuje przypisać zamawiający odwołującemu. Co również istotne, w zakresie warstwy ścieralnej, jak wynika z akt postępowania, zamawiający był skłonny przyjąć tę pracę, mimo stwierdzonej przez siebie wadliwości (z czym nie zgadzał się odwołujący) uzależniając jej odbiór od wydłużenia okresu gwarancji. Oznacza to, że wada ta nie była dla zamawiającego istotna. Istotność wady jest bowiem mierzona stopniem nieprzydatności jej zakresu uniemożliwiająca użytkowanie przedmiotu zamówienia. Skoro, jak to wynika z dowodów powołanych przez odwołującego, przedmiot inwestycji jest
w bieżącym użytkowaniu, to nie sposób uznać, iż mimo ewentualnie stwierdzonych wad w jego wykonaniu, stanowić to może o istotnej wadzie, wywołującej określone sankcje dla wykonawcy. Izba wzięła pod uwagę dowody (odwołującego) z korespondencji prowadzonej przez odwołującego z zamawiającym, które *de facto* potwierdzały brak woli współpracy zamawiającego z wykonawcą, co w konsekwencji wywołało skutek zarówno w terminie wykonania inwestycji, jak też mogło mieć wpływ na jej jakość.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność związana z brakiem zgody zamawiającego na odnotowanie stanowiska odwołującego w czynnościach inwentaryzacyjnych z dnia 5 sierpnia 2022 roku. Jak słusznie wskazywał odwołujący zamawiający, zgodnie z istotą umowy o roboty budowlane, zobowiązany jest do odebrania robót po ich zakończeniu przez wykonawcę
i zgłoszeniu tego faktu w ramach gotowości do odbioru. Odebrania obiektu zamawiający może natomiast odmówić w przypadku, w którym przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi, a więc sprawiającymi, że przedmiot umowy nie nadaje się do użytkowania. Nie mieści się natomiast w swobodzie zamawiającego odmawianie dokonania odbioru lub jego przedłużanie z uwagi na ewentualnie stwierdzone wady o charakterze mniejszej wagi niż wady istotne, a za takie bezsprzecznie należy uznać wady opisane w pismach.

Stanowisko takie nie tylko wynika wprost z przywołanego przepisu, ale również jest zbieżne z jednolitymi głosami doktryny i judykatury oraz potwierdzanym przez nie charakterem tego przepisu, jako obligującego zamawiającego do dokonania odbioru z zastrzeżeniem wyjątku do sytuacji wad istotnych. Abstrahując od tego, że w przedmiotowej umowie łączącej strony nie uregulowano jakoby odbierane roboty miały być pozbawione tego rodzaju usterek i niedoróbek o charakterze wad nieistotnych, przytoczyć należy ugruntowane orzecznictwo sprzeciwiające się uzależnianiu odebrania robót od braku jakichkolwiek wad usterek, czy to na etapie umownym, czy realizacyjnym zawartej umowy:

1)Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 23 sierpnia 2012 roku, II CSK 21/12: „*Przepis art. 643 k.c. nie nakłada na zamawiającego obowiązku odebrania dzieła, jeżeli jest ono dotknięte wadą istotną, czyniącą je niezdatną do zwykłego użytku lub sprzeciwiającą się wyraźnie umowie*";

2)Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 sierpnia 2017 roku I ACa 689/16: „*Otóż, odbiór robót jest obowiązkiem zamawiającego, a postanowienie umowne, które uzależnia prawo wykonawcy od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru uznać należy za nieważne, jako sprzeczne z istotą umowy o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 k.c.*

W świetle ugruntowanego już w orzecznictwie poglądu, zgłoszenie do odbioru przez wykonawcę robót budowlanych, które spełniają cechy zamówienia określone w umowie, chociaż zawierają pewne wady lub braki, rodzi po stronie inwestora obowiązek odebrania wykonanych prac, zgodnie z art. 643 k.c. Inwestor może uchylić się od tego obowiązku tylko poprzez wskazanie obiektywnie istniejących i osadzonych w treści umowy bądź przepisach prawa przyczyn, które czynią zgłoszenie wykonawcy nieskutecznym";

3) Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 31 sierpnia 2016 roku I ACa 282/16: „*Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależniać odbioru tych robót od braku jakichkolwiek usterek, albowiem jedynie wady istotne uzasadniają taką odmowę. W świetle art. 647 k.c. odbiór robót należy do obowiązków inwestora (odpowiednio - zamawiającego)*
i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o "bezusterkowym" odbiorze robót. Wskazywanie na konieczność odbioru "bezusterkowego" statuuje przesłankę, której w zapisie ustawowym nie ustanowiono. Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek i niedoróbek";

4) Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 27 października 2017 roku I ACa 321/17: „*W świetle art. 647 k.c. odbiór robót należy do obowiązków inwestora (odpowiednio - zamawiającego) i nie może być uzależniony od braku wad bądź usterek tych robót. Powołany przepis stanowi bowiem o odbiorze robót, a nie o "bezusterkowym" odbiorze robót. Wskazywanie więc na konieczność odbioru "bezusterkowego" statuuje przesłankę, której*
w zapisie ustawowym nie ustanowiono. Przez wykonanie robót budowlanych rozumieć należy taką sytuację, gdy roboty zostały wykonane zgodnie z zakresem przedmiotowym umowy, na co nie ma wpływu ewentualne posiadanie przez te roboty nieistotnych wad, usterek
i niedoróbek. Odmowa odbioru robót znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy przedmiot umowy będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem
i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania".

Zdaniem Izby, nie było dopuszczalnym, aby zamawiający odmawiał dokonania odbioru końcowego powołując się na powyższe przyczyny. Jak słusznie podniósł odwołujący, tryb zarzucania wykonawcy wad wykonania Umowy na kanwie sporu stron nie licuje z jej wymogami opisanymi w § 15 ust. 1 w zw. z ust. 4 Umowy. Umowa w przedmiotowym zapisie § 15 ust. 1 uprawnia zamawiającego do odmowy odebrania robót jedynie dla przypadku wad istotnych. Jednakże wady przez zamawiającego zgłaszane nie stanowią takich wad. Zgodnie bowiem z § 15 ust. 4 Umowy wady powinny być, po pierwsze, stwierdzone protokolarnie, a po drugie, stwierdzone w ramach oględzin, o których planowanych przeprowadzeniu zamawiający miał obowiązek powiadomić wykonawcę na 14 dni przed wyznaczonym terminem. Wymogi te nie zostały przez zamawiającego spełnione przed inwentaryzacją,
a w trakcie inwentaryzacji nie wskazano wad istotnych.

Tym samym, w ocenie Izby, brak było podstaw faktycznych do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Konsekwentnie uznać zatem należy, iż brak było również podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż odwołujący pozostając w sporze z zamawiającym, nie mógł wprowadzić zamawiającego
w błąd, gdyż aktualny zamawiający był również zamawiającym w kontrakcie, którego dotyczy omawiany spór. Wskazany przepis dopuszcza bowiem możliwość wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału
w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Tym samym odmienność stanowisk, brak współpracy stron czy nieistotność stwierdzonych naruszeń, zarówno pod kątem całego zakresu zamówienia oraz wartości całego zamówienia, nie mogą stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……..