

Sygn. akt: KIO 1592/23

WYROK
z dnia 3 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: M.T.

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Zofię Oparcik, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "ARTEX" Z.O. w Radomiu** postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Gózd**

przy udziale wykonawcy **Star Budowa Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychowie Starym**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Z.O., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "ARTEX" Z.O. w Radomiu zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Z.O., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "ARTEX" Z.O. w Radomiu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) 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:.....

Sygn. akt KIO 1592/23

Uzasadnienie

I. Gmina Gózd (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przebudowa dróg gminnych na terenie gminy Gózd” w tym: Część I: 1) Przebudowa drogi gminnej w miejscowości Małęczyn ul. Ziembickiego; 2) Przebudowa drogi gminnej Klwatka – Tomaszów i Część II: 1) Przebudowa drogi gminnej Grzmućcin Nowina; 2) Przebudowa drogi gminnej w miejscowości Niemianowice; 3) Przebudowa drogi gminnej w miejscowości Gózd ul. Północna; nr referencyjny: RBil.ZP.271.7.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 2023/BZP 00193915/01 w dniu 26 kwietnia 2023 r.

W dniu 5 czerwca 2023 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę Z.O., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe "ARTEX" Z.O. w Radomiu (dalej: Odwołujący) został wniesiony odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych polegające na wykluczeniu Wykonawcy podczas gdy zachowanie Wykonawcy nie wypełniło przesłanek ww. artykułu, albowiem dotychczas zachowanie Wykonawcy nie doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) Prawa zamówień publicznych, polegające na odrzuceniu oferty z uwagi na przyjęcie, że oferta została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, podczas gdy Wykonawca w żadnym przypadku nie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W konsekwencji tak sformułowanych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o.o. ul. Doktora Perzyny 84A, 26-700 Zwolen
- 3) nałożenie na Zamawiającego kary finansowej na podstawie art. 563 Prawa zamówień publicznych,

4) stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) Prawa zamówień publicznych, art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych

Ponadto Odwołujący wnosił o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentu wezwania do zapłaty z dnia 20 lipca 2022 r. oraz 2 czerwca 2023 r. na okoliczność, że umowa zawarta z MZDiK w Radomiu została zakończona z uwagi na upływ czasu, a nie zaś została wypowiedziana, tudzież zamawiający od niej odstąpił;
- 2) przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka J.O. na okoliczność, że umowa zawarta z MZDiK w Radomiu została zakończona z uwagi na upływ czasu, a nie zaś została wypowiedziana, tudzież zamawiający od niej odstąpił;
- 3) zwrócenie się do MZDiK w Radomiu o nadesłanie pełnej dokumentacji przetargowej, w tym notatki służbowej sporządzonej z udziałem P..., potwierdzającej problemy techniczne napotkane w czasie realizacji, umowy stanowiące faktyczną przyczynę wygaśnięcia umowy, a zatem oczywisty brak zawinienia po stronie Wykonawcy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego wykonawca Star Budowa Inwestycje spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tychowie Starym (dalej: Przystępujący) skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy oraz dokumentów, załączonych przez Strony do pism składanych w toku postępowania odwoławczego oraz dokumentów, złożonych na rozprawie, niżej przywołanych w uzasadnieniu.

Izba co prawda nie przeprowadziła wnioskowanego w odwołaniu „dowodu z zeznań świadka J.O. na okoliczność, że umowa zawarta z MZDiK w Radomiu została zakończona z uwagi na upływ czasu, a nie zaś została wypowiedziana, tudzież zamawiający od niej odstąpił”, jednak Pan J.O. był pełnomocnikiem Odwołującego na rozprawie i jako pełnomocnik składał, w sposób nieograniczony przez Izbę, oświadczenia. W zakresie umowy zawartej z MZDiK w Radomiu oświadczył, „że umowa z Miejskim Zarządem nie została zerwana, ale wygasła. Jeżeli została zerwana to nie z winy wykonawcy, a zamawiającego.” Izba zacytowane wyżej oświadczenie brała pod uwagę przy rozstrzygnięciu, oceniając je zgodnie z art. 542 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący w odwołaniu wnioskował również, w zakresie postępowania dowodowego, o „zwrócenie się do MZDiK w Radomiu o nadesłanie pełnej dokumentacji przetargowej, w tym notatki służbowej sporządzonej z udziałem P..., potwierdzającej problemy techniczne napotkane w czasie realizacji, umowy stanowiące faktyczną przyczynę wygaśnięcia umowy, a zatem oczywisty brak zawinienia po stronie Wykonawcy”. Izba stwierdziła, że tak sformułowany wniosek dowodowy można uznać za powołany jedynie dla zwłoki i odmówiła jego przeprowadzenia na podstawie art. 541 Prawa zamówień publicznych. To na Odwołującym, zgodnie z art. 534 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, spoczywa ciężar dowodu – Odwołujący obowiązany był wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Izba uznała również, że dokumentację związaną ze sposobem zakończenia umowy Odwołujący powinien posiadać, co potwierdził również sam Odwołujący, składając na rozprawie notatkę służbową, objętą zacytowanym wyżej wnioskiem dowodowym.

Ponadto Odwołujący wnioskował o „przeprowadzenie dowodu z dokumentu wezwania do zapłaty z dnia 20 lipca 2022 r. oraz 2 czerwca 2023 r. na okoliczność, że umowa zawarta z MZDiK w Radomiu została zakończona z uwagi na upływ czasu, a nie zaś została wypowiedziana, tudzież zamawiający od niej odstąpił”, które zostały załączone do odwołania. Izba oceniała, zgodnie z art. 542 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, moc dowodową powyższych wezwań, tak samo, jak i dokumentów, załączony przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie.

Odnosnie postępowania dowodowego trzeba również zauważyć, że zgodnie z art. 535 Prawa zamówień publicznych, dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania

odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Dlatego obecny na posiedzeniu i rozprawie pełnomocnik powinien być przygotowany na ewentualne ustosunkowanie się do dowodów składanych przez stronę przeciwną. W razie takiej konieczności, Izba może zarządzić przerwę w celu zapoznania się z dowodami, co skład orzekający uczynił w niniejszej sprawie w toku posiedzenia, ponieważ Zamawiający złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, wraz z załącznikami, który uprzednio przesłał Odwołującemu pocztą elektroniczną, jednak bez załączników. Izba przekazała Odwołującemu odpis odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami. Spis załączników był zawarty w treści odpowiedzi na odwołanie, zatem Odwołujący nie miał podstaw do bycia zaskoczonym, że takie dokumenty zostaną złożone. Konieczność odroczenia rozprawy w związku z niemożliwością zapoznania się z dokumentami w krótkim czasie może zaistnieć, ale w tym postępowaniu odwoławczym Izba stwierdziła, że brak było ku temu podstaw. Z pewnością odroczenie nie może nastąpić „z powodu konieczności konsultacji z prawnikiem”. Na marginesie, niejako edukacyjnie, trzeba zauważyć, że wniosek o odroczenie rozprawy można złożyć jedynie przed jej zamknięciem.

Krajowa Izba Odwoławcza, w zakresie zarzutów odwołania, ustaliła co następuje.

W dniu 1 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu podał, że „Zamawiający w SWZ w rozdziale XVIII określił podstawy wykluczenia Wykonawców z postępowania. W pkt. 2 w/w rozdziale jak również w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 (...). W czasie weryfikacji ofert Zamawiający z ogólnodostępnych materiałów prasowych pozyskał informacje, że inni Zamawiający publiczni, a konkretnie Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu rozwiązał umowy o wykonanie robót budowlanych wskazując, iż Wykonawca zaniedbywał swoje obowiązki przez dłuższy czas nie realizując robót. Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu naliczył firmie P..., kary umowne, a wykonaniem robót zajął się inny Wykonawca.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 18.05.2023r. zwrócił się z pismem do Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu z wnioskiem o udzielenie informacji na temat Wykonawcy – firmy P..., ul. Kielecka 45e/1, 26-600 Radom. W szczególności czy MZDIK w Radomiu działając jako Zamawiający odstąpił od umowy z w/w Wykonawcą lub wypowiedział temu Wykonawcy umowę w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także czy w związku z tym Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu wystąpił z roszczeniem o odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizację uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W dniu 19.05.2023r. w odpowiedzi na wniosek o udzielenie informacji Zamawiający otrzymał pismo od Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu. Z treści pisma jednoznacznie wynika, że Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z w/w Wykonawcą z jego winy. Wykonawca nieterminowo realizował umowę, nie dysponował wystarczającą ilością osób oraz sprzętu. W związku z tym MZDIK w Radomiu skierował sprawę do sądu administracyjnego z wnioskiem o wypłatę kar umownych, które zostały naliczone w wyniku nieprawidłowości z winy Wykonawcy.

Ponadto przeglądając ogłoszenia o wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego publikowane na stronie <https://ezamowienia.gov.pl/> Zamawiający pozyskał informacje, że firma P..., większość umów w sprawie zamówienia publicznego nie zrealizowała w pierwotnym terminie oraz umowy te nie zostały wykonane należycie”.

Z powyższym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie.

Zdaniem Odwołującego odrzucenie oferty stanowiło rażące naruszenie przepisów prawa, a „okoliczności wskazane w piśmie z dnia 19 maja 2023 r. nie polegają na prawdzie i nie mają odzwierciedlenia w rzeczywistości. W ocenie Wykonawcy tezy zawarte w piśmie stanowią swoiste pomówienie i stanowią naruszenie jej dóbr osobistych. Co więcej, MZDIK w Radomiu do chwili obecnej nie skierował sprawy do sądu administracyjnego z wnioskiem o wypłatę kar umownych.”

Odwołujący twierdził, że „Umowa o numerze 050/IN/2021 z dnia 21 września 2021 r. wygasła, jednakże z przyczyn niezależnych od mojej Mandantki. Co istotne, do chwili obecnej Zamawiający nie rozliczył się z moją Mocodawczynią za wykonane odwodnienie”. Zatem Odwołujący stał na stanowisku, że nie doszło do odstąpienia od umowy. Dalej Odwołujący wskazywał, że „Rudymmentarnym jest, że Wykonawca z piśmie z dnia 11 marca 2022 r. (data złożenia 14 marca 2022 r.), informował, że budowana droga napotkała na kolizję z infrastrukturą techniczną. Po spotkaniu z przedstawicielem gestora sieci ustalono konieczność przebudowania kolidującej studni. Do dnia dzisiejszego Wykonawca nie został powiadomiony odnośnie podmiotu mającego dokonać przebudowy, co umożliwiło kontynuację prac. Powyższe potwierdza notatka służbowa będąca w posiadaniu MZDIK w Radomiu, w której stwierdzono wystąpienie kolizji. Z.O. nie uzyskała informacji o możliwości rozwiązania problemu związanego ze stwierdzoną kolizją. Dlatego umowa wygasła, a Zamawiający rozpiął nowy przetarg.

W świetle powyższego Wykonawca kwestionuje nieprawdziwe twierdzenia, jakoby z winy Wykonawcy nie były kontynuowane prace. Powyższe świadczy, że niedokończenie umowy nie wynikało z działania Wykonawcy, lecz z winy

Zamawiającego.

Kapitałne znaczenie ma okoliczność, że Zamawiający dotychczas nie rozliczył się za prace wykonane przez Wykonawcę. W piśmie z dnia 11 marca 2022 r. Wykonawca poinformował o wykonaniu dodatkowych robót polegających na konieczności wykonania odwodnienia drogi w celu prawidłowego jej funkcjonowania, łącznie 42 119,00 zł.

Jak wskazano powyżej, Wykonawca z piśmie z dnia 11 marca 2022 r. (data złożenia 14 marca 2022 r.), informował, że budowana droga napotkała na kolizję z infrastrukturą techniczną. Po spotkaniu z przedstawicielem gestora sieci ustalono konieczność przebudowania kolidującej studni. Do dnia dzisiejszego Wykonawca nie został powiadomiony odnośnie podmiotu mającego dokonać przebudowy, co umożliwi kontynuację prac.

W świetle powyższego Wykonawca kwestionuje nieprawdziwe twierdzenia, jakoby z winy Wykonawcy nie są kontynuowane prace. Z tego też naliczanie ewentualnych kar umownych również jest niezasadne, co zostanie wykazane w ewentualnym sporze sądowym.

Kapitałne znaczenie ma okoliczność, że Zamawiający dotychczas nie rozliczył się za prace wykonane przez Wykonawcę. W piśmie z dnia 11 marca 2022 r. Wykonawca poinformował o wykonaniu dodatkowych robót polegających na konieczności wykonania odwodnienia drogi w celu prawidłowego jej funkcjonowania.

Na dochodzoną kwotę składają się następujące składniki, tj. kwota za dodatkowe roboty budowlane 39 974,95 zł pomniejszona o kwotę 6000 zł za wykonaną studnię, dodatkowo kwota 15 620 zł (568 mkw. x 27,5 zł) zgodnie z dokonany obmiarem podbudowy.

Wskazać należy, że rachunek dołączony do pisma z dnia 11 marca 2022 r. nie został przez Zamawiającego zwrócony, a zatem został on uznany.(...) Wskazać w tym miejscu należy, że powyższe okoliczności były wyjaśnione przez pełnomocnika Z.O. w piśmie z dnia 20 lipca 2022 r. Mimo wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy MZDiK zdecydował się kolejny raz pomóc Z.O.”

Pismo z dnia z dnia 20 lipca 2022 r. Odwołujący załączył do odwołania – było to ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty, skierowane do Prezydenta Miast Radomia (a więc innego podmiotu, niż ten z którym Odwołujący był związany umową) na kwotę 42 000 zł. W piśmie tym Odwołujący wskazywał, że „Rudymentrym jest, że Wykonawca z piśmie z dnia 11 marca 2022 r. (data złożenia 14 marca 2022 r.), informował, że budowana droga napotkała na kolizję z infrastrukturą techniczną. Po spotkaniu z przedstawicielem gestora sieci ustalono konieczność przebudowania kolidującej studni. Do dnia dzisiejszego Wykonawca nie został powiadomiony odnośnie podmiotu mającego dokonać przebudowy, co umożliwi kontynuację prac.

W świetle powyższego Wykonawca kwestionuje nieprawdziwe twierdzenia, jakoby z winy Wykonawcy nie są kontynuowane prace. Dlatego też naliczanie ewentualnych kar umownych również jest niezasadne, co zostanie wykazane w ewentualnym sporze sądowym. Kapitałne znaczenie ma okoliczność, że Zamawiający dotychczas nie rozliczył się za prace wykonane przez Wykonawcę. W piśmie z dnia 11 marca 2022 r. Wykonawca poinformował o wykonaniu dodatkowych robót polegających na konieczności wykonania odwodnienia drogi w celu prawidłowego jej funkcjonowania.” A zatem formułował w przywołanym piśmie, składanym jako dowód w sprawie, identyczne twierdzenia, jak później w treści odwołania. Jak wynika z treści pisma z dnia 20 lipca 2022 r., załączono do niego jedynie pełnomocnictwo dla adwokata, który podpisał się pod jego treścią, nie przedstawiono jednak żadnych dokumentów, potwierdzających zasadność roszczeń Odwołującego.

Odwołujący do odwołania załączał także ostateczne przedsądowe wezwanie do zapłaty z dnia 2 czerwca 2023 r., o treści podobnej, jak we wcześniejszym wezwaniu, również nie załączając do niego żadnych dowodów uzasadniających wysuwane roszczenia; dowodów nie przedstawił również na rozprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosił o oddalenie odwołania.

Zamawiający podnosił, że „na terenie gminy Gózd w latach 2016 - 2017 były prowadzone roboty drogowe związane z realizacją zadania pod nazwą: „Przebudowa drogi powiatowej nr 3 526W Piskornica - droga krajowa nr 12”. Właśnie wtedy Gmina Gózd po raz pierwszy miała możliwość poznać nierzetelność i niesolidność Wykonawcy. Zamawiającym był Powiatowy Zarząd Dróg Publicznych w Radomiu ul. Graniczna 24, 26-600 Radom, a Wykonawcą - firma Spółdzielnia Rzemieślnicza „BUDOWLANA” ul. Kilińskiego 15/17, 26-600 Radom, a osobą wchodzącą w skład organu był między innymi Pan J.O.. Umowa nie została zrealizowana, a dokończeniem robót zajęła się inna firma. PZDP w Radomiu skierował sprawę do sądu. W efekcie końcowym Spółdzielnia Rzemieślnicza „BUDOWLANA” przed, wydaniem ostatecznego wyroku w tej sprawie ogłosiła upadłość, a Pan J.O. reprezentuje kolejną firmę - Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „ARTEX” Z.O. ul. Kielecka 45e/l, 26-600 Radom i naraża kolejnych Zamawiających na nieterminowe i nienależyte wykonanie umów oraz na utratę pozyskanych dofinansowań.

Na okoliczność wniesionego odwołania Gmina Gózd w dniu 20.06.2023r, wystąpiła z pismem do Powiatowego Zarządu Dróg Publicznych w Radomiu z prośbą o udzielenie informacji na temat firm reprezentowanych przez Pana J.O., które realizowały roboty budowlane na ich zlecenie”. Na dowód powyższego Zamawiający powoływał załączoną do

odpowiedzi korespondencję z PZDP w Radomiu.

Ponadto Zamawiający podnosił, że „w czasie weryfikacji ofert Zamawiający z ogólnodostępnych materiałów prasowych oraz przeglądając ogłoszenia o wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego publikowane na stronie pozyskał informacje, że inni Zamawiający publiczni, a konkretnie Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu odstąpił od umowy z Wykonawcą z winy Wykonawcy.(...) W związku z powyższym Zamawiający w dniu 18.05.2023 r. wystąpił do Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu z wnioskiem o udzielenie informacji na temat Wykonawcy - firmy P... ul. Kielecka 45e/l, 26-600 Radom. Dowód: pismo do MZDiK z dnia 18.05.2023r.

W odpowiedzi na pismo Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu potwierdził, że firma Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „ARTEX” Z.O. wykonywała umowę o nr 050/IN/2021 z dnia 21.09.2021r. i aneks nr 1 z dnia 05.11.2021r. zadanie pod nazwą: „Wykonanie utwardzenia ul. Godowskiej (od ul. Wiejskiej do ul. Radostowskiej) w Radomiu”. W związku z nieterminowym wykonywaniem oraz brakiem odpowiedniej ilości ludzi i sprzętu budowlanego na budowie ulicy Godowskiej, MZDiK w Radomiu odstąpił od umowy z Wykonawcą z winy Wykonawcy. Ponadto została skierowana sprawa do sądu z wnioskiem o wypłatę kar umownych, które zostały naliczone Wykonawcy przez MZDiK za nieprawidłowości wymienione powyżej”. Zamawiający do odpowiedzi załączył korespondencję z MZDiK w Radomiu, w tym pismo DU.I.056.174.2023.TZ z dnia 19 maja 2023r. oraz kopię pozwu o zapłatę z dnia 11 maja 2023r. o zapłatę kar umownych na kwotę: 88.293,46 zł wraz z załącznikami. Pozew został skierowany do Sądu Rejonowego w Radomiu V Wydział Gospodarczy (Strony błędnie w swoich pismach wskazywały na sąd administracyjny, jednak pozew wniesiono prawidłowo, zgodnie z właściwością rzeczową). W pozwie powód – Gmina Miasta Radomia Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Radomiu dochodzi od Z.O., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Artex Z.O. zapłaty z tytułu nieuiszczonej kary umownej naliczonej o umowę nr 050/IN/2021, z uzasadnieniem, że pozwana wykonała umowę tylko w części, na co przedkładał protokoły odbioru robót. Naliczono 176 dni zwłoki w realizacji umowy, co było podstawą naliczenia kar umownych.

Zamawiający także podnosił, że Odwołujący realizował kilka innych robót budowlanych na zlecenie MZDiK w Radomiu. Załączył do odpowiedzi na odwołanie ogłoszenie o wykonaniu umowy Nr 2021/BZP 00148237 z dnia 13.08.2021r. „Wykonanie utwardzenia ul. Gęskiej w Radomiu”, ogłoszenie o wykonaniu umowy Nr 2021/BZP 00289091 z dnia 29.11.2021r. „Wykonanie utwardzenia ul. Starachowickiej - łącznik do ul. Wiosennej w Radomiu”, ogłoszenie o wykonaniu umowy Nr 2022/BZP 00208420 z dnia 14.06.2022r. „Budowa drogi dojazdowej oraz miejsc postojowych przy ul. Limanowskiego 80 w Radomiu”, oraz ogłoszenie o wykonaniu umowy Nr 2022/BZP 00233652 z dnia 30.06.2022r. „Remont chodnika przy ul. Godowskiej w Radomiu (od ul. Wiejskiej do ul. Michalczewskiego) - strona prawa”. Z tychże ogłoszeń, zamieszczonych w Biuletynie Zamówień Publicznych, wynika, Odwołujący jednej z umów nie zrealizował, pozostałe umowy nie zostały zrealizowane należycie, wszystkie nie zostały zrealizowane w pierwotnym terminie i Wykonawcy zostały naliczone kary umowne za nieterminowe wykonanie umowy. Załączono protokół odbioru/zdania terenu robót z dnia 6 czerwca 2023r. „spisany na okoliczność przejęcia terenu robót i odbioru wykonanych prac „Wykonanie utwardzenia ul. Godowskiej (od ul. Wiejskiej do ul. Radostowskiej) Radomiu umowa Nr 050/IN/2021 z dnia 21.09.2021 r.” Zgodnie z protokołem zamawiający przejął teren budowy od wykonawcy i rozliczył się z nim za częściowo wykonane prace. Wykonawca, którego reprezentował Pan J.O. oświadczył, że nie wnosi uwag do protokołu i nie będzie rościć żadnych praw względem MZDiK w Radomiu wynikających z w/w umowy. Pozostałe roboty wykonała firma „ZYKO-DRÓG” Sp. z o.o. ul. Żelazna 3, 26-600 Radom na podstawie umowy Nr 046/IN/2022 z dnia 18.10.2022r. (umowę również załączono do pozwu).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazywał także, że inny zamawiający - Powiat Białobrzeski w dniu 14.03.2023r. rozstrzygnął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pod nazwą: „Przebudowa drogi powiatowej nr 1107W Wyśmierzyce - Paprotno-Olszowa na odcinku od km 3+430 do km 6 = 270 o długości 2,840 km”. Oferta Odwołującego również została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych. Wykonawca wówczas nie odwołał się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający ponadto, w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie, podnosił, że stanowisko Odwołującego nie pozwalało na przeprowadzenie procedury samooczyszczenia, powołując się przy tym na wyrok KIO 449/22 z dnia 14.03.2022r., gdzie Izba stwierdziła, że „Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinien dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Warunkiem skorzystania z przywrócenia wiarygodności zawodowej przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu, jest przyznanie się do popełnionego błędu (podstawy wykluczenia), poprzez złożenie stosownego oświadczenia w JEDZ. Natomiast odwołujący konsekwentnie stał na stanowisku, że nie doszło do wypełnienia przesłanek wykluczenia, co uniemożliwia zastosowanie procedury self-cleaningu (art. 110 ust. 2 pzp).

Odwołujący nie próbował w przetargu przywrócić swojej wiarygodności korzystając z procedury samooczyszczenia, takie stanowisko pojawiło się dopiero w postępowaniu odwoławczym i to nadal z jednoczesnym

negowaniem przyczyn, w związku z którymi miałyby dojść do samooczyszczenia. Przyzwolenie na takie działanie zupełnie wypaczałoby cel instytucji self-cleaningu. To wykonawca winny wprowadzenia zamawiającego w błąd powinien zainicjować procedurę samooczyszczenia, zanim ten fakt uświadomi sobie zamawiający (zanim pozyska informacje, że zaistniała przesłanka wykluczenia). Wykonawca „złapany za rękę” nie może dostać szansy na podjęcie działań naprawczych, co byłoby także sprzeczne z zasadami generalnymi pzp - zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”.

Zamawiający zauważał, że w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca do oferty załączył „Oświadczenie Wykonawcy dotyczące podstaw wykluczenia z postępowania składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp”(zał. Nr 2 do SWZ), w którym oświadczył on, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i 109 ust. 1 pkt. 4, 5,7 i 10 ustawy Pzp. Wykonawca nie tylko na etapie składania ofert, ale również w postępowaniu odwoławczym utrzymuje, że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Tym samym stracił możliwość skorzystania z instytucji self-cleaningu.

Na tej podstawie powyższych ustaleń, Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, 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. Jest to jedna z tzw. fakultatywnych przesłanek wykluczenia, możliwa do zastosowania wówczas, jeżeli zamawiający przewidzi ją w dokumentach zamówienia (art. 109 ust 2 Prawa zamówień publicznych), co Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia uczynił (strona 14 specyfikacji warunków zamówienia, pkt 2 ppkt 2), i było to bezsporne.

Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Prawa zamówień publicznych, odrzuca się ofertę wykonawcy podlegającego wykluczonego z postępowania. Aby zatem rozstrzygnąć zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 i 226 ust. 1 pkt 2 lit a Prawa zamówień publicznych, postawiony przez Odwołującego w odwołaniu, Izba musiała zbadać i ocenić, czy Zamawiający prawidłowo, na podstawie posiadanych przez siebie dokumentów i informacji, podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Oznaczało to, że należało ustalić, czy na podstawie dokumentacji zgromadzonej w sprawie trzeba stwierdzić zaistnienie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych.

Po analizie dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez Strony, Izba doszła do wniosku, że Zamawiający prawidłowo podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Izba stwierdziła, że dla oceny przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych nie ma znaczenia, czy Odwołujący generalnie zamówienia wykonuje prawidłowo (jak oświadczał na rozprawie), nie ma znaczenia, że inny zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w innym postępowaniu z tych samych powodów, co Zamawiający w niniejszej sprawie, a Odwołujący nie odwołał się od tej czynności zamawiającego (na co powoływał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie), nie ma również znaczenia, że Odwołujący być może nie wykonał prawidłowo niektórych umów (co Zamawiający potwierdzał ogłoszeniami o wykonaniu umowy zamieszczonymi w Biuletynie Zamówień Publicznych, ale nie zostało to poparte dalszymi dowodami). Nie ma również znaczenia, że pełnomocnik Odwołującego był w przeszłości pełnomocnikiem Spółdzielni, która nie wykonywała zamówień w sposób prawidłowy (na co powoływał się Zamawiający).

Aby ziściły się przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, wystarczające jest wykazanie, że Odwołujący realizował jedną umowę z uchybieniami wymienionymi w tym przepisie. Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że Zamawiający, na podstawie informacji i dokumentów otrzymanych od Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, bez naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, w związku z okolicznością, że Odwołujący „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”, a mianowicie nie wykonał umowy Nr 050/IN/2021 zawartej w dniu 21 września 2021 r. z Miejskim Zarządem Dróg i Komunikacji w Radomiu. Za dowody potwierdzające taką ocenę Izba uznała dokumenty złożone przez Zamawiającego.

Powyższe wynikało wprost z dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego. Zamawiający zwrócił się do Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu w dniu 18 maja 2023 z wnioskiem o udzielenie informacji czy podmiot ten odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego zawarte lub powiedział temu wykonawcy umowę z przyczyn

leżących po jego stronie w dniu 19 maja 2023 miejski zarząd dróg i komunikacji odpowiedział na wniosek zamawiającego twierdząco inwestor podał w związku z nieterminowym wykonywaniem oraz brakiem odpowiedniej ilości ludzi i sprzętu budowlanego na budowie odstąpił od umowy z wykonawcą z winy wykonawcy, ponadto skierował sprawę do sądu z wnioskiem o wypłatę kar umownych, które zostały naliczone przez inwestora w związku z nieprawidłowościami. Następnie Zamawiający zwrócił się wnioskiem przesłanie kopii dokumentów to potwierdzających i otrzymał kopię pozwu o zapłatę kar umownych wraz z załącznikami. Pozew o zapłatę dnia 11 maja 2023r. opisuje okoliczności związane z realizacją umowy i podstawy naliczania kar umownych Odwołującym. Do pozwu załączono informację z dnia 16 stycznia 2023 o wysokości należności wynikających z sumowania kar umownych wynikających z wymienionych, ponadto załączono umowę z dnia 18 października 2022 r. na wykonanie zastępcze. Z uzasadnienia pozwu wynika, że Odwołujący nie wykonał całości przedmiotu umowy, i pozostał zwole w stosunku do terminu realizacji umowy 176 dni. Dołączono również protokół odbioru zdania terenu robót z dnia 6 czerwca 2022 r.; z punktu 5 protokołu wynika, że Odwołujący w związku z częściowym wykonaniem robót nie będzie rościć żadnych praw względem zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego powyższe okoliczności, wynikające z przywołanych dokumentów, wyczerpują przesłanki, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych: umowa nie została wykonana w części, część została zrealizowana z opóźnieniem (176 dni), z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (brak zapewnienia ludzi i sprzętu – zgodnie z oświadczeniem inwestora, z którym Odwołujący w ogóle nie polemizował), została naliczona kara umowna (co zostało potwierdzone kopią pozwu złożonego do Sądu Rejonowego w Radomiu), zostało zlecone wykonanie zastępcze (umowa załączona do pozwu).

Z wezwań do zapłaty powoływanych przez Odwołującego jako dowody nie wynikało nic, poza tym, że zostały w nich zawarte zacytowane wcześniej w uzasadnieniu stwierdzenia – oświadczenia Odwołującego co do jego interpretacji okoliczności związanych z zakończeniem umowy. Oświadczenia te nie zostały jednak poparte żadnymi dowodami. Niezależnie od powyższego – wezwania te były kierowane do innego podmiotu, niż ten, z którym wiązała Odwołującego umowa.

Podsumowując, Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu – zasadniczo nawet nie wdawał się w szczegółową polemikę z faktami przytaczanymi przez Zamawiającego z powołaniem się na konkretne dokumenty, a jedynie generalnie stwierdzał, że „*kwestionuje nieprawdziwe twierdzenia, jakoby z winy Wykonawcy nie są kontynuowane prace. Z tego też naliczanie ewentualnych kar umownych również jest niezasadne, co zostanie wykazane w ewentualnym sporze sądowym*” (strona 5 odwołania), Trzeba zauważyć, że z tak sformułowanego uzasadnienia odwołania wynika, że Odwołujący nawet nie przewidywał w toku postępowania odwoławczego wykazywania braku zaistnienia przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, a jedynie zapowiadał ich wykazanie „w ewentualnym sporze sądowym”. Zgodnie z art. 533 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba, mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane – i zasadniczo można przyjąć, że podobna sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, ponieważ Odwołujący poza oświadczeniem, że Zamawiający powołuje się na informacje nieprawdziwe, nie tylko nie składał żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, ale nawet nie wdawał się, ogólnie rzecz biorąc, w polemikę odnośnie przywołanych przez Zamawiającego okoliczności. Ponadto Odwołujący na rozprawie oświadczył, że umowa wygasła – czego również nie poparł żadnymi dowodami.

Rację również miał Zamawiający twierdząc, że wobec takiej postawy Odwołującego nie można zastosować przewidzianej w art. 110 ust. 2 Prawa zamówień publicznych procedury samooczyszczenia, której warunkiem jest poinformowanie zamawiającego, w odpowiednim czasie, o okolicznościach, mogących stanowić podstawę wykluczenia.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, a tym samym również art. 226 ust. 1 pkt 2 pkt a) Prawa zamówień publicznych.

Oddalenie odwołania było równoznaczne z oddaleniem wszystkich żądań odwołania. Odwołujący m.in. wnosił o „*nałożenie na Zamawiającego kary finansowej na podstawie art. 563 p.z.p.*”. Zgodnie z art. 563 Prawa zamówień publicznych, kary finansowe, o których mowa w oraz c Prawa zamówień publicznych, nakłada się na zamawiającego w wysokości do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia, za które kara jest orzekana, oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie. Z kolei stosownie do oraz c Prawa zamówień publicznych, uwzględniając odwołanie Izba może w przypadku, jeżeli umowa została zawarta, a podlega unieważnieniu (tj. zaszła jedna z przesłanek, o których mowa w Prawa zamówień publicznych) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu, albo nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności

w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący kwestionował wybór oferty najkorzystniejszej, a umowa o zamówienie publiczne nie została zawarta, zatem nawet w przypadku uwzględnienia odwołania, przepis oraz c Prawa zamówień publicznych nie miałyby zastosowania. Wniosek odwołania prawidłowo skorelowany z zarzutami podniesionymi w rozpatrywanym odwołaniu powinien obejmować żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: