

## WYROK

z dnia 24 sierpnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Protokolant:** Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę **ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Ząbki w Ząbkach**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2368/23

### Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Ząbki w Ząbkach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa drogi dla rowerów oraz drogi dla pieszych i rowerów w ciągu ulic: Andersena – Szwoleżerów – Stefczyka – Gajowa w Ząbkach, w ramach zadania inwestycyjnego współfinansowanego z EFRR RPO WM na lata 2014-2020

pn.: „Rozwój zintegrowanej sieci dróg rowerowych na terenie gmin: Marki, Ząbki, Zielonka, Kobyłka, Wołomin, Radzymin, Nieporęt w ramach ZIT WOF”. Zamówienie podzielone na części.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 9 sierpnia 2023 roku wykonawca ROKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności i zaniechań zamawiającego, których dopuścił się w postępowaniu tj.:

- 1) polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania w częściach 1, 2 i 3 na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., a w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.;
- 2) czynności polegającej na uznaniu, że przedstawione przez odwołującego wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 ustawy P.z.p. są bezzasadne i w żaden sposób nie uzasadniają podstawy do uznania, że wykonawca nie podlega wykluczenia z postępowania;
- 3) czynności polegającej na zaniechaniu przeznaczenia jakiegokolwiek kwoty na realizację zamówienia w części 1, 2 i 3 i upublicznienie informacji o kwocie przeznaczony w wysokości 0,00 złotych;
- 4) czynności unieważnienia postępowania w zakresie częściach 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p.;

Odwołujący wobec czynności i zaniechań zamawiającego związanych z zawiadomieniem o unieważnieniu postępowania w zakresie części 1 oraz 2 zamówienia z dnia 4 sierpnia 2023 roku oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia z dnia 4 sierpnia 2023 r. postawił następujące zarzuty:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego w postępowaniu w wyniku bezpodstawnego przyjęcia, że podlega on wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.,

2) naruszenie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. przez uznanie, że przedstawione przez odwołującego w piśmie z dnia 2 sierpnia 2023 roku wyjaśnienia są bezzasadne i w żaden sposób nie uzasadniają podstawy do uznania, że odwołujący nie podlega wykluczenia z postępowania,

3) naruszenie art. 255 pkt 3 w zw. z art. 222 ust. 4 w zw. z art. 7 pkt 32 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie jego części 1 oraz 2 z powołaniem się na okoliczność z art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p. w sytuacji, gdy przy budżecie 0,00 zł żadna z ofert nie mogła spełniać wymogów Zamawiającego, poprzez pozorne zwiększenie budżetu na realizację części 1, tj. w stopniu który nie pozwalał na realizację tej części zamówienia oraz poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 w sytuacji, gdy zamawiający nie poinformował o zwiększeniu budżetu na realizację tej części.

Wskazując na powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 1 i 2,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3,
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części 1, 2 i 3,
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części 1, 2 i 3 z uwzględnieniem oferty odwołującego, jak również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z dokumentem księgowym przedstawionym na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę spełniającą warunki zamówienia, która powinna podlegać badaniu i ocenie, podobnie jak pozostałe oferty. Tymczasem oferta odwołującego została bezpodstawnie odrzucona w postępowaniu, bowiem zamawiający stwierdził, że wobec odwołującego zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. W tym stanie rzeczy odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie, a jego oferta nie podlegała badaniu ani ocenie. Wskutek niezgodnego z przepisami ustawy P.z.p. czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 1 i 2 zamówienia oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia, przy jednoczesnym odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, odwołujący został wyeliminowany z postępowania, co naraziło go na poniesienie szkody, obejmującej przede wszystkim utracony zarobek, który odwołujący mógłby osiągnąć w wyniku uzyskania i realizacji zamówienia. Bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego z powołaniem się na przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. naraża odwołującego także na innego rodzaju, negatywne konsekwencje, które mogą dotknąć odwołującego w obrocie gospodarczym w związku z bezpodstawną decyzją zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Decyzja zamawiającego o przeznaczeniu kwoty w wysokości 0,00 złotych na realizację całego zamówienia jawi się jako działanie zmierzające do celowego unieważnienia postępowania, a tym samym narażenia wykonawców (oferentów) na szkody powstałe w związku z koniecznymi do poniesienia kosztami sporządzenia i przygotowania oferty.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- umowa numer 272.204.2021 z dnia 15 października 2021 roku wraz z harmonogramem i PFU (załącznik nr 1)
- pismo Wykonawcy z dnia 30 czerwca 2023 roku (załącznik nr 2)
- pismo Zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2023 roku (załącznik nr 3)
- pismo Zamawiającego z dnia 25 kwietnia 2023 roku (załącznik nr 4)
- pismo Zamawiającego z dnia 5 maja 2023 roku (załącznik nr 5)
- pismo Wykonawcy z dnia 16 maja 2023 roku (załącznik nr 6)
- protokoły przekazania terenu budowy (załącznik nr 7)
- uzgodnienie z PGE Dystrybucja S.A. w sprawie usunięcia kolizji (załącznik nr 8)
- aneks nr 1 do Umowy (załącznik nr 9)
- oświadczenie Zamawiającego z dnia 25 maja 2023 roku (załącznik nr 10)
- pismo Wykonawcy z dnia 26 maja 2023 roku (załącznik nr 11)- pismo Wykonawcy z dnia 30 maja 2023 roku (załącznik nr 12)
- pismo Zamawiającego z dnia 31 maja 2023 roku (załącznik nr 13)
- protokół inwentaryzacyjny z dnia 31 maja 2023 roku (załącznik nr 14)
- pismo Zamawiającego z dnia 6 czerwca 2023 roku (załącznik nr 15)
- pismo Wykonawcy z dnia 1 czerwca 2023 roku (załącznik nr 16)
- pismo Wykonawcy z dnia 5 czerwca 2023 roku (załącznik nr 17)
- pismo Wykonawcy z dnia 9 czerwca 2023 roku (załącznik nr 18)
- pismo Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2023 roku (załącznik nr 19)
- nota księgową numer 202/2023 z dnia 12 czerwca 2023 roku (załącznik nr 20)
- pismo Wykonawcy z dnia 23 maja 2023 roku (załącznik nr 21)
- wezwanie do wyjaśnień z dnia 31 lipca 2023 roku (załącznik nr 22)

- pismo Wykonawcy z dnia 2 sierpnia 2023 roku (załącznik nr 23)
  - zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 4 sierpnia 2023 roku oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 4 sierpnia 2023 roku (załącznik nr 24)
  - informacja o kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia z dnia 21.07.2023 r. (załącznik nr 25)
- na okoliczności, przy których dowody te zostały przywołane w treści uzasadnienia, w szczególności na okoliczność przeszkód w terminowej realizacji umowy niezależnych od odwołującego, wiedzy zamawiającego o przeszkodach realizacyjnych, wiedzy zamawiającego o powodach zawarcia aneksu nr1 do umowy, naruszenia przez zamawiającego terminu na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. w zakresie odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia postępowania w zakresie części 1 oraz 2 i wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków:

- 1) A.P. – Dyrektor Kontraktu, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu, w szczególności na okoliczność przeszkód w terminowej realizacji umowy niezależnych od odwołującego, wiedzy zamawiającego o przeszkodach realizacyjnych, wiedzy zamawiającego o powodach zawarcia aneksu nr 1 do umowy, naruszenia przez zamawiającego terminu na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania,
- 2) K.K. – Kierownik budowy, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu, w szczególności na okoliczność przeszkód w terminowej realizacji umowy niezależnych od odwołującego, wiedzy zamawiającego o przeszkodach realizacyjnych, wiedzy zamawiającego o powodach zawarcia aneksu nr 1 do umowy, naruszenia przez zamawiającego terminu na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania.
- 3) P.W. – Projektant koordynator, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu, w szczególności na okoliczność przeszkód w terminowej realizacji umowy niezależnych od odwołującego, wiedzy zamawiającego o przeszkodach realizacyjnych, wiedzy zamawiającego o powodach zawarcia aneksu nr 1 do umowy, naruszenia przez zamawiającego terminu na złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy, bezpodstawnego wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 sierpnia 2023 roku zamawiający wniósł o:

- 2) odmowę przeprowadzenia dowodów, o których dopuszczenie wnosi odwołujący:

a) z dokumentów wymienionych w *tiret* 2, 11, 12, 14, 16, 17,

b) z zeznań świadków – w całości,

- 3) przeprowadzenie dowodów z:

a) dokumentów:

- umowy nr 032.155.2023 z dnia 11.07.2023 r. zawartej przez zamawiającego z „JAKOŚĆ BIS” sp. z o.o. na wykonanie ciągu pieszo-rowerowego w rejonie skrzyżowań z ul. Piłsudskiego i Reymonta oraz wykonanie przejazdu dla rowerów w ul. Różanej w Ząbkach – w celu stwierdzenia terminu wykonania robót na odcinku od ul. Piłsudskiego do ul. Szwoleżerów, do którego wykonania przed odstąpieniem od umowy nr 272.204.2021 z dnia 15.10.2021 r. (dalej „umowa”) zobowiązany był odwołujący,

- pisma zamawiającego z 11.08.2023 r.– w celu stwierdzenia okoliczności potwierdzających długotrwałe niewykonanie, niewykonanie i nienależyte wykonywanie umowy przez odwołującego oraz wad robót już wykonanych przez odwołującego w ramach inwestycji realizowanej na podstawie umowy,

- opinii inspektora nadzoru z dnia 08.05.2023r. – w celu stwierdzenia niemożliwości wykonania przez odwołującego umowy w terminie,

- zdjęć - 47 sztuk – w celu stwierdzenia okoliczności potwierdzających nienależyte wykonywanie umowy przez odwołującego,

- zdjęć - 40 sztuk – w celu stwierdzenia okoliczności potwierdzających nienależyte wykonanie umowy przez odwołującego,

- kopii dziennika budowy (wyciąg z wpisami od 01.01.2023 r.) - w celu stwierdzenia okoliczności potwierdzających nienależyte wykonywanie umowy przez odwołującego oraz postępów prac na terenie budowy,

b) zeznań świadków:

- S.B. – inspektor w Referacie Inwestycji Urzędu Miasta Ząbki,

- R.H. - kierownik Referatu Inwestycji Urzędu Miasta Ząbki,

- A.P. – Zastępcy Burmistrza Miasta Ząbki,

– w celu stwierdzenia okoliczności potwierdzających przewlekłe niewykonanie, niewykonanie i nienależyte wykonywanie umowy przez odwołującego oraz wad robót już wykonanych przez odwołującego w ramach inwestycji realizowanej na podstawie umowy, stanu zaawansowania robót do chwili odstąpienia od umowy przez zamawiającego, przyczyn odstąpienia od umowy oraz okoliczności współpracy i wykonywania przez zamawiającego obowiązków należących zgodnie z umową do wykonawcy,

- C.B. – inspektora nadzoru inwestycji pn. „Budowa drogi dla rowerów oraz drogi dla pieszych i rowerów w ciągu ulic:

Andersena-Szwolężerów-Stefczyka-Gajowa w Ząbkach”, wezwanie na adres zamawiającego - w celu stwierdzenia okoliczności potwierdzających przewlekłe niewykonywanie, niewykonanie i nienależyte wykonywanie umowy przez odwołującego oraz wad robót już wykonanych przez odwołującego w ramach inwestycji realizowanej na podstawie umowy, stanu zaawansowania robót do chwili odstąpienia od umowy przez zamawiającego, przyczyn odstąpienia od umowy,

c) przesłuchania strony:

- M.Z – Burmistrza Miasta Ząbki,

- w celu stwierdzenia okoliczności potwierdzających przewlekłe niewykonywanie, niewykonanie i nienależyte wykonywanie umowy przez odwołującego oraz wad robót już wykonanych przez Odwołującego w ramach inwestycji realizowanej na podstawie umowy, stanu zaawansowania robót do chwili odstąpienia od umowy przez zamawiającego, przyczyn odstąpienia od umowy oraz okoliczności współpracy i wykonywania przez zamawiającego obowiązków należących zgodnie z umową do wykonawcy.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Odwołującego i zamawiającego łączyła umowa numer 272.204.2021 z dnia 15 października 2021 roku, zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez negocjacji, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy P.z.p., której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej oraz budowa drogi dla rowerów oraz drogi dla pieszych i rowerów w ciągu ulic: Andersena – Szwolężerów – Stefczyka – Gajowa na odc. od ul. Skrajnej do ul. Sikorskiego w Ząbkach (dalej jako: Umowa). Przedmiot Umowy stanowi część zadania inwestycyjnego współfinansowanego z EFRR RPO WM na lata 2014-2020 pn.: „Rozwój zintegrowanej sieci dróg rowerowych na terenie gmin: Marki, Ząbki, Zielonka, Kobylka, Wołomin, Radzymin, Nieporęt w ramach ZIT WOF”(dowód: *umowa numer 272.204.2021 z dnia 15 października 2021 roku*).

W dniu 28 listopada 2022 roku strony podpisały aneks nr 1 do Umowy, na podstawie którego wydłużono terminy na opracowanie dokumentacji projektowej i przedłożenie Zamawiającemu ostatecznej decyzji administracyjnej do dnia 28 lutego 2023 roku (tj. o osiem miesięcy w stosunku do terminu pierwotnego) oraz na zakończenie wykonania przedmiotu umowy do dnia 31 maja 2023 roku (dowód: *aneks z dnia 28 listopada 2022 roku*).

Pismem z dnia 25 maja 2023 roku zamawiający oświadczył odwołującemu, że na podstawie § 9 ust. 1 pkt 1.5. Umowy odstępuje od Umowy. Zamawiający wskazał m.in., że w ramach realizacji przedmiotu umowy spółka została zobowiązana do opracowania dokumentacji projektowej oraz budowy drogi dla rowerów oraz drogi dla pieszych i rowerów w ciągu ulic: Andersena-Szwolężerów-Stefczyka-Gajowa w Ząbkach w podziale na odcinki: 1. od ul. Piłsudskiego do ul. Szwolężerów, 2. ul. Szwolężerów, 3. ul. Stefczyka i ul. Gajowa na odcinku od ul. Stefczyka do Sosnowej, 4. ul. Gajowa na odcinku od ul. Stefczyka do ul. Tulipanowej i ul. Tulipanowa. Według harmonogramu wykonanie każdego z odcinków nie powinno trwać dłużej niż 3 miesiące od uzyskania dokumentu zezwalającego na realizację. ROKOM sp. z o.o. mogła wykonać terminowo i zgodnie z harmonogramem niezależnie od pozyskania oddzielnych decyzji lub zgód niektóre odcinki, odpowiednio: odcinek 1 – do dnia 22.12.2022 r., odcinek 3 w zakresie ulicy Stefczyka – do dnia 28.05. 2023 r., natomiast odcinek 4 do dnia 08.02.2023 r. Jednakże do dnia dzisiejszego Spółka nie wykonała odcinka nr 1 i nie przystąpiła do budowy pozostałych odcinków. Ponadto ROKOM Sp. z o.o. dopiero dnia 23.05.2023 r. przekazała dokumentację projektową, która nadal nie jest kompletna. Pomimo wielokrotnych spotkań oraz próśb przedstawicieli gminy wykonawca nie realizuje umowy w sposób, który wskazywałby na całkowite zakończenie wszystkich robót w jakiegokolwiek najbliższej przyszłości. Wykonany dotychczas zakres prac oraz dotychczasowe zaangażowanie spółki pozwala jednoznacznie stwierdzić, że spółka tak dalece opóźnia się w wykonaniu przedmiotu umowy, iż nie jest prawdopodobne, że zdoła ukończyć go w terminie wskazanym w umowie (dowód: *pismo z 25 maja 2023 roku*).

W dniu 5 maja 2023 roku zamawiający wszczął postępowanie na jest budowę drogi dla rowerów oraz drogi dla pieszych i rowerów w ciągu ulic: Andersena – Szwolężerów – Stefczyka – Gajowa w Ząbkach, w ramach zadania inwestycyjnego współfinansowanego z EFRR RPO WM na lata 2014-2020 pn.: „Rozwój zintegrowanej sieci dróg rowerowych na terenie gmin: Marki, Ząbki, Zielonka, Kobylka, Wołomin, Radzymin, Nieporęt w ramach ZIT WOF”. Zamówienie podzielone na części (dowód: *ogłoszenie o zamówieniu*).

Zgodnie z rozdziałem 13 ust. 1 *tiret* trzecie specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w stosunku do którego zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p., tj. 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 (dowód: *SWZ*).

W postępowaniu wpłynęły 3 oferty na 3 części zamówienia. Oferty zostały złożone przez: odwołującego, Jakość

Bis Sp. z o.o. w Ząbkach, G&P Team Sp. z o.o. w Łodzi. Wykonawcy zaofertowali następujące ceny: odwołujący: część 1 – 3 876 000,00 zł, część 2 – 4 292 056,00 zł, część 3 – 1 649 000,00 zł, Jakość Bis Sp. z o.o. w Ząbkach: część 1 – 2 265 046,23 zł, część 2 – 2 172 093,16 zł, część 3 – 1 398 379,85 zł, G&P Team Sp. z o.o. w Łodzi: część 1 – 3 630 000,00 zł, część 2 – 4 389 000,00 zł, część 3 – 1 458 000,00 zł (*dowód: informacja z otwarcia ofert z 21 lipca 2023 roku*).

W dniu 19 lipca 2023 roku zamawiający poinformował o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 0,00 zł (słownie: zero złotych 00/100), w tym: część 1 – 0,00 zł (słownie: zero złotych 00/100), część 2 – 0,00 zł (słownie: zero złotych 00/100), część 3 – 0,00 zł (słownie: zero złotych 00/100) (*dowód: pismo z 19 lipca 2023 roku*).

Pismem z dnia 31 lipca 2023 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, wskazując, co następuje:

„Działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.), Zamawiający wzywa Wykonawcę, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp., złożonego w zakresie części 1, 2 i 3 zamówienia.

Uzasadnienie:

W treści złożonego wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp., Wykonawca oświadczył m.in., iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi o wykluczeniu z postępowania Wykonawcy, 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 ”

W związku ze znanym Wykonawcy, faktem odstąpienia przez Zamawiającego od wcześniej zawartej umowy - z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego w treści dokumentu oświadczenia woli o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.” (*dowód: pismo z 31 lipca 2023 roku*)

Pismem z dnia 2 sierpnia 2023 roku odwołujący udzielił następującej odpowiedzi:

„Działając w imieniu ROKOM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako: Wykonawca lub Spółka), w wykonaniu wezwania z dnia 31 lipca 2023 roku do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, złożonego w zakresie części 1, 2 i 3 zamówienia, Wykonawca podtrzymuje wcześniej złożone oświadczenie o braku zachodzących wobec niego podstaw wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP, wyjaśniając, że nie ziściły się wobec niego ustawowe przesłanki wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP.

(1) Wykonawcę oraz Miasto Ząbki łączyła umowa numer 272.204.2021 z dnia 15 października 2021 roku, zawarta w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez negocjacji, na podstawie art. 275 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej oraz budowa drogi dla rowerów oraz drogi dla pieszych i rowerów w ciągu ulic: Andersena – Szwoleżerów – Stefczyka – Gajowa na odc. od ul. Skrajnej do ul. Sikorskiego w Ząbkach (dalej jako: Umowa). Przedmiot Umowy stanowi część zadania inwestycyjnego współfinansowanego z EFRR RPO WM na lata 2014-2020 pn.: „Rozwój zintegrowanej sieci dróg rowerowych na terenie gmin: Marki, Ząbki, Zielonka, Kobyłka, Wołomin, Radzymin, Nieporęt w ramach ZIT WOF”. Umowa obejmowała jedno zadanie inwestycyjne.

(2) W trakcie realizacji Umowy wystąpiły liczne, niezależne od Wykonawcy przeszkody, wpływające na tempo wykonania prac. Przede wszystkim, doszło do zmiany założeń realizowanej Umowy w zakresie prac projektowych, a w konsekwencji i robót budowlanych. Początkowo Umowa przewidywała wykonanie jej w dwóch etapach, w podziale na dwa odcinki, tj. etap I od ul. Piłsudskiego do ronda przy ul. Gajowej oraz etap II od skrzyżowania ul. Stefczyka z ul. Gajową (bez skrzyżowania) do ul. Sikorskiego. W ramach każdego z tych etapów Spółka przygotować miała odpowiednią dokumentację projektową, uzyskać stosowne zezwolenia na prowadzenie robót, a następnie wykonać roboty. Ze względu na trudności w uzyskaniu map podziałowych, Wykonawca i Zamawiający uzgodnili, że realizacja Umowy podzielona zostanie na cztery odcinki, tj. odcinek 1 – ul. Andersena na odcinku od ul. Piłsudskiego do ul. Szwoleżerów, odcinek 2 – ul. Szwoleżerów, odcinek 3 – ul. Stefczyka i ul. Gajowa na odcinku od ul. Stefczyka do ul. Sosnowej, odcinek 4 – ul. Gajowa na odcinku od ul. Stefczyka do ul. Tulipanowej oraz ul. Tulipanowa. W konsekwencji Spółka podjęła się wykonania dwóch dodatkowych opracowań projektowych i uzyskała dwa dodatkowe zezwolenia na prowadzenie robót.

(3) Dodatkowo, problemem okazała się występująca w obszarze inwestycji kolizja z siecią energetyczną. Przyjęte bowiem przez Zamawiającego założenia projektowe kolidowały z istniejącą siecią energetyczną, co uniemożliwiło prowadzenie prac w ul. Szwoleżerów oraz ul. Stefczyka i ul. Gajowej na odcinku od ul. Stefczyka do ul. Sosnowej. W

związku z tym, celem wykonania Umowy, Spółka zainicjowała niezwłocznie stosowne procedury w PGE Dystrybucja S.A., by uzyskać warunki usunięcia kolizji. Pierwsze wnioski w tej sprawie Spółka złożyła już w styczniu 2022 roku. PGE Dystrybucja S.A. wymagała od Wykonawcy uzgodnienia z nią dokumentacji projektowej. Ostatecznie, po długotrwałych uzgodnieniach i korektach dokumentacji projektowej, także z udziałem Zamawiającego, PGE Dystrybucja S.A., w dniu 27 kwietnia 2023 roku, zatwierdziła dokumentację projektową i wydała warunki usunięcia kolizji.

(4) Istotnym w sprawie jest fakt, że ze względu na długotrwałe procedury związane z uzgadnianiem warunków usunięcia kolizji, w dniu 28 listopada 2022 roku doszło do podpisania aneksu nr 1 do Umowy, na podstawie którego wydłużono termin wykonania Umowy do dnia 31 maja 2023 roku. Warunki usunięcia kolizji zatwierdzono dopiero w dniu 27 kwietnia 2023 roku, czyli na miesiąc i cztery dni przed upływem terminu wykonania Umowy. Co więcej, według przekazanych przez Zamawiającego w dniu 18 lipca 2023 roku informacji (w ramach wyjaśnień do treści SWZ), Zamawiający nie podpisał jeszcze umowy o przebudowę sieci w celu usunięcia kolizji, warunkującej przystąpienie do realizacji robót.

(5) Spółka wykonała cały zakres prac projektowych i w oparciu o przygotowaną dokumentację uzyskała wszystkie wymagane prawem zezwolenia na prowadzenie robót, tj. dla odcinka 1 – w dniu 7 września 2022 roku Spółka uzyskała ostateczną decyzję o pozwoleniu na budowę, dla odcinka 2 – w dniu 8 listopada 2022 roku upłynął termin na zgłoszenie sprzeciwu przez organ administracji architektoniczno-budowlanej, dla odcinka 3 – w dniu 28 lutego 2023 roku Spółka uzyskała decyzję ZRID (co do której toczy się procedura odwoławcza zainicjowana przez właścicieli jednego z gruntów objętych tą decyzją) oraz dla odcinka 4 – w dniu 8 listopada 2022 roku upłynął termin na zgłoszenie sprzeciwu przez organ administracji architektoniczno-budowlanej.

(6) Na uwagę zasługuje jeszcze jedna okoliczność, a mianowicie długotrwały proces uzgadniania dokumentacji technicznej (wykonawczej) z Zamawiającym, już po uzyskaniu przez Spółkę zezwoleń na prowadzenie robót. Kilukrotnie zgłaszane zastrzeżenia wymagały od Spółki dodatkowych prac, polegających na korygowaniu dokumentacji wedle wytycznych Zamawiającego. Proces ten niewątpliwie przyczynił się do opóźnień, bowiem uzgodnienie ostatecznej wersji dokumentacji projektowej, poza innymi opisanymi wyżej przeszkodami, warunkowało przystąpienie do realizacji robót.

(7) Ze względu na opisane wyżej okoliczności, dochowanie przez Spółkę terminu wykonania Umowy do dnia 31 maja 2023 roku stało się niemożliwe. Tymczasem, bez wcześniejszych wezwań ze strony Zamawiającego i jednocześnie kilka dni po spotkaniu w sprawie waloryzacji umownego wynagrodzenia, Zamawiający, pismem z dnia 25 maja 2023 roku, złożył Spółce oświadczenie o odstąpieniu od Umowy, powołując się przy tym na umowną przesłankę odstąpienia, stanowiącą, że jeśli wykonawca tak dalece opóźnia się z wykonaniem przedmiotu umowy, iż nie jest prawdopodobne, że zdoła go ukończyć w umówionym terminie, zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od umowy (par. 9 ust. 1 pkt 1.5 Umowy).

(8) Ze względu na zaistniały w sprawie stan faktyczny, Spółka zakwestionowała skuteczność oświadczenia. Nado, Spółka podniosła, że oświadczenie Zamawiającego złożone zostało po upływie umownego terminu na odstąpienie, który wynosił 30 dni licząc od dnia powzięcia przez Zamawiającego informacji o wystąpieniu ww. przesłanki (par. 9 ust. 9 Umowy). Biorąc pod uwagę, że roboty budowlane trwać miały 3 miesiące, a w dniu 1 marca 2023 roku nie doszło jeszcze do rozpoczęcia prac na odcinku 2-4, niewątpliwie Zamawiający, co najmniej w dniu 1 marca 2023 roku, wiedział, że Wykonawca nie zdoła ukończyć przedmiotu umowy do dnia 31 maja 2023 roku. Jak wiadomo, termin na odstąpienie od umowy jest terminem zawitym (art. 395 KC), a jego upływ powoduje, że uprawnienie do odstąpienia od umowy wygasa.

(9) Wobec kwestionowania przez Spółkę skuteczności oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od Umowy, przy jednoczesnym zakazie prowadzenia jakichkolwiek robót, który to zakaz Zamawiający zaadresował do Spółki, Spółka wezwała Zamawiającego do natychmiastowego współdziałania w wykonaniu Umowy, zgodnie z art. 640 KC, wyznaczając Zamawiającemu odpowiedni termin na zaprzestanie naruszeń. Zamawiający na wezwanie nie zareagował, więc pismem z dnia 5 czerwca 2023 roku, Wykonawca złożył Zamawiającemu oświadczenie o odstąpieniu od Umowy z powołaniem się na art. 640 KC.

(10) W dniu 7 czerwca 2023 roku doszło do spotkania w siedzibie Zamawiającego, na którym omawiano kwestię ewentualnego powrotu Spółki do dalszej realizacji Umowy i dokończenia robót. Spółka zadeklarowała wówczas, że zakończy prace do dnia 31 sierpnia 2023 roku, o ile tylko Zamawiający zezwoli na dalszą realizację i usunie tym samym przyczynę, która legła u podstaw złożonego przez Spółkę oświadczenia o odstąpieniu od Umowy. Podczas spotkania Spółka zadeklarowała, że do dnia 9 czerwca 2023 roku przedstawi zaktualizowany harmonogram robót, natomiast Zamawiający potwierdził, że będzie oczekiwać na harmonogram i najpóźniej w dniu 12 czerwca 2023 roku odpowie na propozycję Spółki. Spółka z ustaleń się wywiązała, przesyłając w dniu 9 czerwca 2023 roku zaktualizowany harmonogram wraz ze szczegółową dokumentacją, jak również informując Zamawiającego o zabezpieczeniu materiałów i siły roboczej. Tymczasem, wbrew zapewnieniom Zamawiającego, nie w dniu 12 czerwca

2023 roku, a dopiero w dniu 14 czerwca 2023 roku, Zamawiający lakonicznie odpowiedział, że podtrzymuje stanowisko dotyczące skutków jego odstąpienia i nie widzi możliwości zawarcia porozumienia ze Spółką. Zamawiający nie odniósł się merytorycznie do propozycji Spółki.

(11) W dniu 30 czerwca 2023 roku Wykonawca skierował do Zamawiającego obszerne pismo, w którym ponownie już przedstawił swoje stanowisko odnośnie oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od umowy, uznając je za bezskuteczne, jak również w sposób kompleksowy opisał przebieg całej inwestycji, przypominając Zamawiającemu o licznych problemach, które pojawiły się po zawarciu Umowy i z którymi mierzyć musiał się Wykonawca. Wraz z pismem Wykonawca przesłał Zamawiającemu ostateczne rozliczenie Umowy i wezwał Zamawiającego do potwierdzenia rozliczeń. Zamawiający zaniechał jakiegokolwiek odpowiedzi na powyższe, mimo, że minął miesiąc od kiedy doręczono mu pismo z wezwaniem.

(12) Należy w tym miejscu wskazać, że warunkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania z powołaniem się na art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP jest kumulatywne zaistnienie następujących przesłanek:

- a. musi mieć miejsce niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego (lub umowy koncesji),
- b. powyższe musi nastąpić z przyczyn leżących po stronie wykonawcy,
- c. uchybienie wykonawcy musi doprowadzić do określonego skutku: wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Mając na uwadze opisany wyżej stan faktyczny i konfrontując go z opisanymi wyżej przesłankami, nie sposób czynić pod adresem Wykonawcy jakichkolwiek zarzutów z tytułu nieterminowej realizacji Umowy. Opóźnienie w realizacji Umowy nastąpiło z przyczyn niezależnych od Wykonawcy. Wobec tego, Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za przekroczenie umownego terminu. Oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od Umowy było bezskuteczne. Jak wyjaśniał wyżej Wykonawca, złożone zostało po upływie umownego terminu zakreślonego w par. 9 ust. 9 Umowy, tj. po 30 dniach, od kiedy Zamawiający dowiedział się, że termin końcowy inwestycji jest zagrożony.

Abstrahując od bezskuteczności oświadczenia Zamawiającego o odstąpieniu od Umowy, Wykonawca podnosi, że w świetle art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP, sam fakt odstąpienia od umowy przez zamawiającego nie jest wystarczającą przesłanką wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odstąpienie od umowy spowodowane musi być uprzednim nieprawidłowym wykonaniem umowy przez wykonawcę z przyczyn leżących po jego stronie.

Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. W wyroku z dnia 16 grudnia 2022 roku (sygn. akt: KIO 3179/22) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: Dla zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych niewystarczające jest ustalenie, że wykonawca w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwałe nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz że umowa ta została wypowiedziana albo że odstąpiono od tej umowy albo że w związku z tą umową zażądano zapłaty odszkodowania (przez co należy rozumieć także karę umowną), doszło do wykonania zastępczego albo zrealizowano uprawnienia z tytułu rękojmi za wady. Konieczne jest stwierdzenie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wykonawcę nastąpiło z przyczyn leżących pod jego stronie.

Na marginesie Wykonawca zwraca uwagę Zamawiającego na treść złożonego przezeń oświadczenia o odstąpieniu od Umowy z dnia 25 maja 2023 roku (jakkolwiek bezskutecznego), w którym to Zamawiający wyraźnie powołał się na opóźnienie w realizacji Umowy, a nie zwłokę (czyli zawinione opóźnienie). Zamawiający nie wskazał także, by odstąpienie od umowy nastąpić miało z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Właściwie dopiero, gdy Wykonawca odebrał notę obciążeniową nr 202/2023 z dnia 12 czerwca 2023 roku, co miało miejsce w dniu 16 czerwca 2023 roku, Zamawiający wyartykułował, że jego odstąpienie od umowy nastąpić miało z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

(13) Podsumowując, Wykonawca nie przeczy, że doszło do opóźnień w realizacji Umowy. Opóźnienia wystąpiły i uniemożliwiły dochowanie terminu końcowego inwestycji (zarówno pierwotnego, jak i zmienionego na mocy aneksu nr 1 do Umowy). Kluczowym z punktu widzenia niniejszej sprawy jest natomiast to, jakie przyczyny doprowadziły do opóźnień, jak również, czy Wykonawca ponosi za nie odpowiedzialność. Bezdyskusyjnie wszystkie opisane wyżej okoliczności są okolicznościami niezależnymi od Wykonawcy, za które nie może ponosić on odpowiedzialność. Problemy realizacyjne, które ujawniły się po zawarciu Umowy wpłynęły na tempo prac. Mimo dobrej woli i zaangażowania po stronie Wykonawcy, Zamawiający, wbrew obowiązkom z art. 640 KC oraz 431 PZP, odmówił współdziałania przy realizacji Umowy i próbował doprowadzić do jej przedterminowego zerwania.

(14) Jak dotąd nie zapadł żaden prawomocny wyrok przesądzający, że Wykonawca odpowiada za nieprawidłową realizację Umowy. Znaczącym jest także fakt, że Zamawiający nie skorzystał z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, choć, jak twierdził, przysługują

mu wobec Wykonawcy roszczenia pieniężne.

(15) Wobec tego, Wykonawca przeczy, by doszło do odstąpienia przez Zamawiającego od wcześniej zawartej Umowy, a tym bardziej, by odstąpienie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Zamawiającemu znane jest stanowisko Wykonawcy w tym zakresie, bowiem było ono już przedmiotem kilku pism zaadresowanych do Zamawiającego. Niestety Wykonawca do dziś nie otrzymał merytorycznej odpowiedzi na złożone pisma, Zamawiający nie ustosunkował się do opisanych przez Wykonawcę przeszkód realizacyjnych.

(16) W tym stanie rzeczy, Wykonawca oświadcza, że nie zachodzi wobec niego przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP." (dowód: pismo z 2 sierpnia 2023 roku).

Na podstawie wniosku komisji przetargowej z dnia 4 sierpnia 2023 roku zamawiający zwiększył kwotę, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części 3 do kwoty 1 398 379,85 zł (dowód: zatwierdzony wniosek z 4 sierpnia 2023 roku).

Pismem z dnia 4 sierpnia 2023 roku zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania w zakresie części 1 na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wskazał, że w dniu 26 lipca 2023 roku Rada Miasta Ząbki podczas sesji zwiększyła kwotę w budżecie do wysokości 985 550,00 zł brutto na realizację 1 części zamówienia.

Zamawiający poinformował jednocześnie o odrzuceniu oferty wykonawcy Jakość Bis Sp. z o.o. w Ząbkach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego:

„Podstawa prawna: Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych, dalej ustawa Pzp. (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Uzasadnienie faktyczne: W ramach prowadzonego postępowania, Zamawiający wskazał w rozdziale 13 specyfikacji warunków zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu nr 2023/BZP 00291103/01 w sekcji V fakultatywnie podstawy wykluczenia, tj. m.in. o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi o wykluczeniu z postępowania Wykonawcy, „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”.

Zamawiający, w dniu 31 lipca br., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp., wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp., złożonego w zakresie części 1, 2 i 3 zamówienia. Zakres wyjaśnień obejmował złożone oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp., pomimo faktu odstąpienia Zamawiającego od wcześniej realizowanej umowy przez Wykonawcę Rokom.

Złożone przez Wykonawcę w dniu 2 sierpnia br. wyjaśnienia są bezzasadne i w żaden sposób nie uzasadniają podstawy do uznania, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, na podstawie okoliczności wskazanych w dokumentach zamówienia.

Zamawiający zauważa, że do zastosowania konsekwencji określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp., nie jest konieczny prawomocny wyrok, o którym mowa w wyjaśnieniach Wykonawcy.

Ponadto, Zamawiający nie podziela przede wszystkim stanowiska Wykonawcy, mówiącego, że „W trakcie realizacji Umowy wystąpiły liczne, niezależne od Wykonawcy przeszkody, wpływające na tempo wykonania prac” czy „dodatkowo, problemem okazała się występująca w obszarze inwestycji kolizja z siecią energetyczną”. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie ujawnia faktu dlaczego w okresie realizacji wcześniejszej umowy nie rozpoczął prac, a w konsekwencji dlaczego nie zostały wykonane prace na odcinku nr 2, tj. ul. Szwoleżerów, odcinku nr 3 - ul. Stefczyka i ul. Gajowa (Stefczyka-rondo) i odcinku nr 4 - ul. Gajowa (Stefczyka - Tulipanowa).

Zamawiający przedstawia poniżej analizę stanu faktycznego, stanowiącą o konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp., w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 15.10.2021 r. zawarł z firmą Rokom sp. z o.o. umowę nr 272.204.2021, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej oraz budowę drogi dla rowerów oraz drogi dla pieszych i rowerów w ciągu ulic Andersena-Szwoleżerów- Stefczyka- Gajowa na odcinku od ulicy Piłsudskiego do ulicy Sikorskiego w Ząbkach, realizowaną w formule „projektuj i buduj”.

Zamawiający, działając na podstawie zawartej umowy, złożył w dniu 26 maja 2023 r. oświadczenie o odstąpieniu od tej umowy. Podstawą odstąpienia od umowy był fakt przewidziany w § 9 ust. 1 pkt 1.5 umowy, który stanowi

„Zamawiający może odstąpić od umowy, bez wyznaczania dodatkowego terminu i bez przesyłania dodatkowego wezwania, jeżeli Wykonawca tak dalece opóźnia się z wykonaniem przedmiotu umowy, iż nie jest prawdopodobne, że zdoła go ukończyć w umówionym terminie”.

Firma zobowiązana była wykonać całość przedmiotu umowy w terminie 410 dni, tj. do dnia 29.11.2022 r., w tym: opracowanie i przekazanie dokumentacji projektowej do dnia 30.06.2022 r., przekazanie ostatecznej decyzji administracyjnej do dnia 30.06.2022 r., wydanie kosztorysów branżowych w terminie 30 dni od dnia uzyskania ostateczności decyzji administracyjnej.

Zgodnie z aneksem nr 1 Strony zmieniły terminy wykonania poszczególnych etapów prac na następujące: opracowanie i przekazanie dokumentacji projektowej do dnia 28.02.2023 r., przekazanie ostatecznej decyzji administracyjnej do dnia 28.02.2023 r., wydanie kosztorysów branżowych w terminie 30 dni od dnia uzyskania ostateczności decyzji administracyjnej, zakończenia wykonania przedmiotu umowy do dnia 31.05.2023 r., przy czym zgodnie z przedstawionym harmonogramem przez spółkę poszczególne części prac miały być wykonane w różnych terminach.

Roboty zostały podzielone na 4 odcinki (podane długości są szacunkowe):

Piłsudskiego-Szwoleżerów o długości 1000 m.

Szwoleżerów o długości 114m.

Stefczyka-Gajowa o długości 702m.

Gajowa- odc. Stefczyka — Tulipanowa o długości 1 15m.

Łącznie Wykonawca zobowiązany był wykonać, oprócz opracowania dokumentacji i uzyskania decyzji, ciągi pieszo - rowerowe o łącznej długości 1931 m.

Wykonawca przekazał dokumentację (co nie oznaczało jej przyjęcia i akceptacji przez Zamawiającego) dla: odcinka 1 Piłsudskiego Szwoleżerów: 27.09.2022 r., odcinka 2 Szwoleżerów: 23.05.2023 r., odcinka 3 - Stefczyka-Gajowa: 23.05.2023 r. i dla odcinka 4 – Gajowa odc. Stefczyka Tulipanowa - 23.05.2023 r.

Firma uzyskała pozwolenia na budowę dla: odcinka 1 – 05.09.2022 r. (decyzja ostateczna dla odcinka 07.09.2022 r.), 2 – zgłoszenie z dnia 17.10.2022 r. (ostateczność 08.11.2022 r.), odcinka 3 – decyzja ZRID z dnia 28.02.2023 r. i odcinka 4 – zgłoszenie z dnia 17.10.2022 r. (ostateczność 08.11.2022 r.).

Wykonawca został wprowadzony na budowę na odcinku 1 w dniu 27.09.2022 r., a na odcinkach 2 - 4 w terminie: 21.03.2023 r., przy czym na odcinku 4 firma mogła realizować roboty po uzyskaniu ostatecznego zgłoszenia wykonania robót budowlanych (tj. od dnia 08.11.2022 r.).

W dniu 8 kwietnia 2022 r. wpłynęła do Zamawiającego informacja od Wykonawcy, że do 30.06.2022 r. uzyska pozwolenie na budowę odcinka Piłsudskiego – Szwoleżerów, rozpocznie opracowanie map podziałowych i na przełomie maja/czerwca złoży wniosek o uzyskanie ZRID. Wniosek o pozwolenie na budowę został przez spółkę złożony w dniu 01.07.2022 r., a następnie był korygowany w dniu 16.08.2022 r. i uzupełniony w dniu 31.08.2022 r. Decyzja o pozwoleniu na budowę została wydana w dn. 05.09.2022 r., a w związku z zrzeczeniem się Miasta prawa do odwołania, decyzja stała się ostateczna w dniu 07.09.2022 r.

W dniu 22.04.2022 r. na wniosek Zamawiającego firma przesłała harmonogram prac projektowych, zgodnie z którym do kwietnia 2022 r. wykonano wyłącznie: mapę do celów projektowych, koncepcję geometrii, projekt SOR bez uzgodnień, dokumentację geotechniczną oraz inwentaryzację zieleni. Zgodnie z harmonogramem uzyskanie pozwolenia na budowę planowane było do 30.06.2022 r., a decyzji ZRID do połowy września 2022 r.

W związku z trudnościami w pozyskaniu map podziałowych, w celu przyspieszenia pozyskania decyzji administracyjnych i możliwości rozpoczęcia robót w terenie na niektórych odcinkach tj. na odcinku ok. 1 km od ul. Piłsudskiego do ul. Szwoleżerów oraz odcinku w ul. Szwoleżerów, na spotkaniach koordynacyjnych ustalono dodatkowy podział prac i robót: odcinek 1 — od ul. Piłsudskiego do ul. Szwoleżerów — odcinek, na którym Miasto Ząbki posiada prawo do dysponowania terenem na cele budowlane i brak kolizji z PGE możliwość szybkiego pozyskania pozwolenia na budowę, odcinek 2 ul. Szwoleżerów — odcinek, na którym brak ostatecznej decyzji ZRID na budowę ul. Szwoleżerów dającej Miastu Ząbki prawo do dysponowania terenem na cele budowlane; konieczność uzyskania decyzji ZRID; odcinek z kolizją z PGE, odcinek 3 ul. Stefczyka i ul. Gajowa (Stefczyka-rondo) odcinek, na którym pozyskanie dokumentów umożliwiających rozpoczęcie robót nastąpi najpóźniej ze względu na konieczność opracowania map podziałowych, uzyskania decyzji ZRID oraz uzgodnienie usunięcia kolizji z PGE, Odcinek 4 — ul. Gajowa (Stefczyka-Tulipanowa) odcinek, na którym Miasto Ząbki posiada prawo do dysponowania terenem na cele budowlane i jest możliwe szybkie złożenie zgłoszenia i rozpoczęcie robót.

W dniu 27.06.2022 r. Wykonawca wystąpił o zmianę terminu opracowania dokumentacji projektowej oraz zakończenia przedmiotu umowy ze względu na zmiany w koncepcji geometrii ciągu pieszorowerowego, trwającą pandemię, podział dokumentacji etapu I na 3 odcinki oraz trudności w pozyskaniu warunków usunięcia kolizji z PGE. Zgodnie z przedłożonym harmonogramem prac Wykonawca deklarował ostateczne terminy:

Odcinek 1 pozwolenie na budowę do dnia 12.08.2022 r.; zakończenie robót 15.10.2022 r.

Odcinek 2 – decyzja ZRID do dnia 30.11.2022 r., zakończenie robót do dnia 31.03.2023 r.; w dniu 18.07.2022 r. została wydana decyzja Wojewody Mazowieckiego umarzająca postępowanie odwoławcze od decyzji ZRID na budowę ul. Szwoleżerów, co dało Miastu Żąbki prawo do dysponowania terenem na cele budowlane dla całego odcinka i co umożliwiło złożenie zgłoszenia budowy ścieżki rowerowej zamiast uzyskiwania decyzji ZRID,

Odcinek 3 - decyzja ZRID do dnia 30.11.2022 r., zakończenie robót do dnia 31.03.2023 r., przy czym firma błędnie założyła, że na odcinek ul. Gajowej od ul. Zielenieckiej do ronda będzie możliwe zgłoszenie lub pozwolenie na budowę,

Odcinek 4 — zgłoszenie do dnia 05.09.2022 r., zakończenie robót do dnia 30.12.2022 r.

Firma nie dotrzymała żadnego z powyższych deklarowanych terminów.

W dniu 29.11.2022 r. firma ponownie wystąpiła o zmianę terminu opracowania dokumentacji projektowej oraz zakończenia przedmiotu umowy z uwagi na zmiany w etapowaniu dokumentacji projektowej, problemy w pozyskaniu map podziałowych, trwającą pandemię, trudności w pozyskaniu warunków usunięcia kolizji z PGE. Zgodnie z przedłożonym przez spółkę harmonogramem:

Odcinek 1 — uzyskano pozwolenie na budowę, a zakończenie robót miało nastąpić do dnia 31.03.2023

Odcinek 2 — uzyskano zgłoszenie, brak warunków usunięcia kolizji z PGE, planowano zakończyć roboty do dnia 30.04.2023 r.

Odcinek 3 — planowano uzyskać decyzję ZRID do dnia 30.01.2023 r., a zakończenie robót planowano do dnia 31.05.2023 r.

Odcinek 4 — uzyskano zgłoszenie, przewidywane zakończenie robót do dnia 31.05.2023 r. (nie rozpoczęto robót).

Firma nie dotrzymała żadnego z powyższych deklarowanych terminów. Kolizje energetyczne (odcinek 2 i 3)

W dniu 31.01.2022 r. firma złożyła wniosek do PGE Dystrybucja S.A. („PGE”) o uzgodnienie projektu usunięcia kolizji linii elektroenergetycznych niskiego i średniego napięcia w związku z planowaną inwestycją („kolizja”). Wniosek był kilkakrotnie uzupełniany m.in. 9.05.2022 r., 13.07.2022 r. Ostatecznie w dniu 31.08.2022 r. firma zwróciła się z prośbą do Zamawiającego o pomoc w uzyskaniu warunków usunięcia kolizji i uzgodnienia projektu usunięcia kolizji. W wyniku działań podjętych przez Zamawiającego 04.01.2023 r. otrzymał on warunki usunięcia kolizji, a w dniu 19.04.2023 r. firma złożyła do uzgodnienia w PGE poprawiony projekt usunięcia kolizji. Projekt został uzgodniony w PGE w dniu 27.04.2023 r. Jednocześnie od dnia uzgodnienia projektu Zamawiający prosił o przekazanie projektów usunięcia kolizji oraz kosztorysów w tym zakresie, co jest niezbędne do złożenia wniosku do PGE o przygotowanie umowy usunięcia kolizji. Do dnia odstąpienia od umowy firma nie przekazała ww. kosztorysów.

W dniu 31.06.2022 r. firma złożyła w PGE wniosek o wydanie warunków przyłączenia do sieci oświetlenia ścieżki na odcinku od ul. Piłsudskiego do ul. Szwoleżerów. Warunki zostały wydane w dniu 14.07.2022 r. i w dniu 30.08.2022 r. została podpisana umowa o przyłączenie.

Możliwości realizacyjne odcinka 1 (Piłsudskiego — Szwoleżerów)

W dniu 05.09.2022 r. została wydana decyzja nr 1052p/2022 0 pozwoleniu na budowę (ostateczność w dn. 07.09.2022 Brak kolizji z PGE. W dniu 27.09.2022 r. odbyło się wprowadzenie na budowę i Wykonawca przystąpił do budowy odcinka. Termin wykonania odcinka firma wskazała samodzielnie (harmonogram opracowany przez Wykonawcę) jako: 3 1.03 2023 r. Roboty zostały wykonane jedynie częściowo.

Możliwości realizacyjne odcinka 2 (ul. Szwoleżerów)

W dniu 08.11.2022 r. zgłoszenie budowy stało się ostateczne. Uzgodnienia z PGE w sprawie kolizji dokonano w dn. 19.04.2023 r. W dniu 21.03.2023 r. odbyło się wprowadzenie na budowę.

Wykonawca do dnia 25.05.2023 r. nie przystąpił do robót.

Możliwości realizacyjne odcinka 3 ul. Stefczyka i ul. Gajowa na odc. Stefczyka — rondo

W dniu 28.02.2023 r. została wydana decyzja ZRID nr 4pz/2023 z rygorem natychmiastowej wykonalności. Uzgodnienie z PGE w sprawie kolizji nastąpiło w dniu 19.04.2023 r, W dniu 21.03.2023 r. odbyło się wprowadzenie na budowę. W dniu 14.04.2023 r. zostało złożone w PINB zawiadomienie o rozpoczęciu robót na roboty. Wykonawca do dnia 25.05.2023 r. nie przystąpił do robót.

Możliwości realizacyjne odcinka 4 Gajowa- odc. Stefczyka - Tulipanowa

W dniu 08.11.2022 r. zgłoszenie budowy stało się ostateczne. Brak kolizji z PGE. Firma wskazała termin wykonania odcinka (harmonogram opracowany przez Wykonawcę) na dzień: 31.05.2023 r. Wykonawca do dnia 25.05.2023 r, nie przystąpił do robót budowlanych, w ramach prac dokonał jedynie wycięcia jednego drzewa z gatunku brzozy.

Wykonawca przez czas trwania umowy rozpoczął budowę wyłącznie odcinka 1.

Zamawiający oraz osoby działające w jego imieniu, w tym inspektor nadzoru, przekazywał wielokrotnie

Wykonawcy w trakcie budowy następujące uwagi: wolny postęp prac powoduje, że niszczone są i wielokrotnie poprawiane obrzeża betonowe, brak właściwego postępu prac, na budowie pracuje ok. 4 pracowników dziennie, wykonawca nie przystępuje do wykonania następnych odcinków, wykonawca nie realizuje robót w terminach uzgadnianych na naradach, brak osoby ze strony wykonawcy pełniącej nadzór nad pracownikami i koordynującego roboty, uszkodzone ogrodzenie stacji LPG, konieczność regularnego sprzątania dróg, po których pracownicy spółki poruszają się sprzętem, zniszczenie parkingu przy ul. Andersena, niszczenie chodników, po których pracownicy spółki poruszają się sprzętem, niszczenie nasadzeń zieleni dokonanych przez podmiot działający na zlecenie Zamawiającego, zamknięcie chodnika przy ul. Różanej bez organizacji ruchu i skierowania ruchu pieszych, nieuprzątnięcie ziemi i gruzu składowanych na działce prywatnej na skrzyżowaniu ul. Reymonta i Andersena (wnioski z dnia 10.02.2023r., 01.03.2023r., 05.04.2023r., 21.04.2023r., przekazywane także na spotkaniach z kierownikiem budowy); do dnia 25.05.2023r. działka prywatna nie została uprzątnięta; wnioski z dn. 14.02.2023, 15.02.2023r. 16.02.2023r, o sprzątanie chodnika przy ul. Różanej, po którym firma poruszała się sprzętem i zostawiła go w takim stanie, iż uniemożliwia przejście pieszych, niezrealizowane wielokrotne wnioski o regularne sprzątanie ul. Andersena, po której poruszał się sprzęt spółki, co powodowało pozostawianie dużej ilości błota, pozostawianie dużego bałaganu po robotach, nie realizowanie robót w terminach deklarowanych na naradach koordynacyjnych (firma wskazywała na duże problemy z ilością pracowników na budowie, gdzie dość często na terenie budowy przebywały 4 osoby), na terenie budowy stwierdzano brak osoby pełniącej stały nadzór nad pracownikami, którzy nie posiadali szkiców roboczych czy też dokumentacji projektowej, realizacja odcinka I przebiegała w wolnym tempie, przy notorycznym przerywaniu robót i nie pojawianiu się przez wielodniowe okresy pracowników, realizacja robót następowała niezgodnie z zatwierdzoną czasową organizacją ruchu na czas wykonywania robót, którą opracowywała firma, co stwarzało wielokrotnie zagrożenie bezpieczeństwa w ruchu drogowym, zarówno ruchu kołowym jak i pieszym.

Przerwa w wykonywaniu robót spowodowana warunkami atmosferycznymi mogła nastąpić jedynie w dniach 14-27.12.2022 r,

W dniu 05.04.2023 r. do Wykonawcy zostało wysłane przez Zamawiającego wezwanie do wzmożenia prac w związku ze zbliżającym się terminem zakończenia umowy; zgłoszono uszkodzenia infrastruktury miejskiej tj. parkingu, wybiegu dla psów, krawężników i chodnika; ponownie zgłoszono konieczność wywiezienia ziemi z gruzem z działki prywatnej; przekazano informację o planowanym wprowadzeniu w dniu 14.04.2023 r. wykonawcy nasadzeń zieleni.

W dniu 12.04.2023 r. na koordynacji na budowie ustalono m.in., że w dniu 13.04.2023 r. Miasto Ząbki wprowadzi wykonawcę na wykonanie nasadzeń zieleni wzdłuż budowanego ciągu pieszo-rowerowego na odcinku Reymonta-Szwolężerów. W związku z powyższym od 17.04.2023 r. firma zobowiązała się rozpocząć porządkowanie terenu oraz wykonać docelowe zagospodarowanie terenu na potrzeby ciągu pieszo-rowerowego. Firma złożyła deklarację o ułożeniu masy w dniach 19-20.04.2023 r., a do dnia 18.04.2023 r. przekazaniu do uzgodnienia do PGE poprawiony projekt.

W dniu 13.04.2023 r. został wprowadzony przez Zamawiającego na teren robót Wykonawca wykonujący nasadzenia zieleni (podmiot wybrany do realizacji zamówienia po przeprowadzeniu przetargu w trybie ustawy — Prawo zamówień publicznych). Firma Rokom sp. z o. o. złożyła ponownie deklarację, że do dnia 21.04.2023 r. uprzątnie teren od ul. Reymonta do ul. Szwolężerów oraz ułoży masy na ścieżce.

W dniach 17.04.2023 r. i 19.04.2023 r. ponownie zgłoszono uwagi do firmy Rokom sp. z o. o., iż nie wykonuje robót oraz nie realizuje zadeklarowanych prac.

Do dnia 21.04.2023 r. ROKOM nie uprzątnął terenu, żeby umożliwić wejście w teren Wykonawcy nasadzeń.

W dniu 25.04.2023 r., w związku ze zbliżającym się terminem zakończenia umowy, zostało do Wykonawcy wysłane wezwanie do przedstawienia do dnia 04.05.2023 r. aktualnego harmonogramu robót, uwzględniającego wszystkie etapy i cały zakres umowy oraz informacji, które roboty będą wykonywane siłami własnymi, a które zostaną zleczone podwykonawcom.

W dniu 12.05.2023 r. zostały wysłane do spółki ponowne uwagi: zniszczenie roślin z okolic ul. Szwolężerów, brak uprzątnięcia działki prywatnej, brak dokumentów, których Zamawiający żądał pismem z dnia 25.04.2023 r.

W dniu 11.05.2023 r. na koordynacji na budowie ustalono, m.in., że firma Rokom sp. z o. o.:

- nie wykonała docelowej skarpy wzdłuż ciągu pieszo-rowerowego i w związku z trwającymi nasadzeniami zieleni dostęp do skarpy możliwy jest wyłącznie ze ścieżki rowerowej, a roboty mogą być prowadzone wyłącznie ręcznie, ponieważ wjazd sprzętem na ścieżkę jest niedopuszczalny, nadal nie przedłożyła harmonogramu robót oraz dokumentów, o które Zamawiający wnosił w piśmie z dnia 25.04.2023 r.,

- przekaże niezwłocznie kosztorysy branży elektrycznej, bez których Miasto nie może wystąpić o zawarcie umowy o usunięcie kolizji do PGE.

W dniu 19.05.2023 r. odbyło się spotkanie, na którym ustalono, iż Wykonawca w dniu 22.05.2023 r. złoży dokumentację projektową do odbioru oraz wnioski materiałowe do zatwierdzenia.

Firma przekazała 23.05.2023 r. dokumentację projektową, jednakże była ona niekompletna i nie wydana w całości

w formie przewidzianej w umowie: brak wersji edytowalnych dokumentacji, brak części inwentaryzacji zieleni, brak zatwierdzonego projektu stałej organizacji ruchu, brak kosztorysu usunięcia kolizji.

Do dnia odstąpienia od umowy firma nie przekazała harmonogramu, z którego wynikałoby, w jakim terminie wykona wszystkie prace.

Mając na uwadze opisany powyżej stan faktyczny, w dniu 26.05.2023 r. Zamawiający odstąpił od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, gdyż Wykonawca tak dalece opóźnił się z wykonaniem przedmiotu umowy, iż nie było prawdopodobne, że zdoła go ukończyć w umówionym terminie. Wykonany zakres prac oraz dotychczasowe zaangażowanie firmy pozwalało jednoznacznie stwierdzić, iż tak dalece opóźniła się w wykonaniu przedmiotu umowy, iż nie było prawdopodobne, że zdoła ukończyć go w terminie wskazanym w umowie. Zamawiający wystawił Wykonawcy do zapłaty w dniu 12.06.2023 r. notę obciążeniową w wysokości: 1.465.000, 00 zł z tytułu odstąpienia przez Miasto Żąbki od realizacji umowy nr 272.204.2021 r, z dnia 15.10.1021 r. zgodnie z 10 ust. 1 pkt 1 ppkt 1.1.4

Firma Rokom sp. z o. o. do dnia odstąpienia od umowy: nie wykonała całości robót na odcinku 1, nie wykonała żadnych robót oraz przekazała dokumentację w wersji niezgodnej z umową dla odcinków 2 i 3, nie wykonała żadnych robót budowlanych na odcinku 4.

Po odstąpieniu od umowy stwierdzono wady wykonanych przez spółkę prac na odcinku 1, np. nieprawidłowe wykonanie połączenia ścieżki rowerowej z chodnikiem w ulicy Piłsudskiego, wadliwe wykonanie nasypu pod ścieżką rowerową, nieprawidłowe wykonanie połączeń nawierzchni asfaltowych, brak ciągłości nawierzchni bitumicznej w rejonie ulicy Reymonta oraz ulicy Różanej, użycie nieprawidłowego koloru kostki brukowej na wjeździe przy ul. Różanej, pęknięcia nawierzchni bitumicznej.

Nawet gdyby przyjąć wyjaśnienia Rokom, iż na odcinku 2 i 3 wystąpiły okoliczności, które z przyczyn obiektywnych uniemożliwiły wykonanie robót, to należy wskazać, iż szacunkowa łączna długość ścieżek rowerowych na odcinku 1 i 4 wynosiła 1 115 m., przy łącznej szacunkowej długości wszystkich ścieżek — 1 964 m. Wykonawca nie wykonał więc lub wykonał nienależycie co najmniej 56,77% przewidzianych w umowie robót.

Przedmiot umowy realizowany jest w ramach umowy nr RPMA.04.03.02-14-9408/17 z dnia 29.06.2018 o dofinansowanie projektu „Rozwój zintegrowanej sieci dróg rowerowych na terenie gmin Marki, Żąbki, Zielonka, Kobyłka, Wołomin, Radzymin, Nieporęt w ramach ZIT WOF” zawartej pomiędzy Województwem Mazowieckim a Gminą Miasto Marki. Projekt realizowany jest w partnerstwie siedmiu gminy, którego Liderem jest Gmina Miasto Marki, a Miasto Żąbki jest partnerem projektu.

Zgodnie z aneksem nr RPMA.04.03.02-14-9408/17-II z dnia 30 grudnia 2022 r. do ww. umowy Zamawiający realizujący projekt w formule „zaprojektuj i wybuduj” zobowiązał się do przedłożenia kopii ostatecznych decyzji o pozwoleniu na budowę/ kopii zgłoszenia budowy lub zgłoszenia wykonania robót budowlanych do wykonanych ścieżek rowerowych do dnia 31.12.2022 r. Jednocześnie, zgodnie z wskazanym powyżej aneksem, jako termin realizacji projektu wskazano 31.10.2023 r., przy czym w terminie tym Miasto Żąbki zobowiązane jest przekazać ostateczny protokół odbioru, dokument OT przyjęcia składnika majątkowego (ścieżek) oraz zapłacone faktury z tytułu wykonanych prac.

Zgodnie z aneksem nr RPMA.04.03.02-14-9408/17-12 z dnia 21 kwietnia 2023 r. termin dostarczenia prawomocnych decyzji ustalono na dzień 3 1.05.2023 r. Zgodnie z S 4 umowy o dofinansowanie:

I. Niezależnie od warunków przewidzianych w § 8 ust. 3 i 4 Umowy dodatkowym warunkiem przekazania Beneficjentowi Dofinansowania na wydatki przewidziane w ramach realizacji projektu jest złożenie przez niego po podpisaniu Umowy następujących dokumentów:

1) Kopia ostatecznej decyzji administracyjnej o pozwoleniu na budowę, dotycząca danego wydatku realizowanego w ramach projektu, którego realizacja wymaga pozwolenia na budowę;

2) Dokument potwierdzający prawo do dysponowania gruntami lub obiektami na cele inwestycyjne, na terenie których realizowany ma być dany wydatek;

3) Kopia zgłoszenia robót budowlanych nie wymagających uzyskania pozwolenia na budowę.

2. Dokumenty, o których mowa w ust. 1 dotyczące wszystkich wydatków realizowanych w ramach projektu, powinny zostać złożone najpóźniej do dnia 31.05.2023 roku.

3. W przypadku niezłożenia przez Beneficjenta dokumentów, o których mowa w ust. 2 i terminie tam wskazanym, MJWPU może rozwiązać Umowę ze skutkiem natychmiastowym. W takim przypadku odpowiednie zastosowanie będzie miał § 21 Umowy.

W 21 umowy o dofinansowanie ustalono także sankcje za niedotrzymanie warunków Umowy:

Ust. 1: MJWPU może rozwiązać Umowę, zastosować korekty finansowe lub wstrzymać wypłatę Dofinansowania ze skutkiem natychmiastowym, o czym informuje Beneficjenta formie pisemnej wraz z uzasadnieniem, jeżeli Beneficjent nie wywiązuje się z obowiązków nałożonych postanowieniami Umowy, szczególnie:

pkt 3 - przestał realizować Projekt lub realizuje go sposób niezgodny z:

a) Umową,

b) przepisami prawa krajowego i unijnego,

c) wytycznymi pkt 15 nie osiągnął lub nie utrzymał wskaźników produktu lub rezultatu, z zastrzeżeniem 19 ust. 14- pkt 16 nie zrealizował lub nie utrzymał celów Projektu. [...]

Ust. 3: W przypadku rozwiązania Umowy, z powodów o których mowa w ust. 1, Beneficjent jest zobowiązany do zwrotu otrzymanego Dofinansowania wraz z odsetkami w wysokości określonej jak dla zaległości podatkowych, naliczanymi od dnia przekazania Dofinansowania do dnia zwrotu. Beneficjent dokonuje zwrotu w terminie i na rachunek bankowy wskazany przez MJWPU.

Środki przewidziane we wniosku o dofinansowanie na realizację zakresu objętego umową z Wykonawcą:

	Kwalifikowane	dofinansowanie 80%	wkład własny 20%
Razem	6 246 270,72	4 997 016,58	1 249 254,14
Prace przygotowawcze Dokumentacja projektowa dla odcinka ul. Piłsudskiego - ul. Gajowa	490 000,00	392 000,00	98 000,00
Środki trwałe Roboty budowlane dla odcinka ul. Piłsudskiego - ul. Gajowa	5 756 270,72	4 605 016,58	1 151 254,14

W przypadku niewykonania umowy o dofinansowanie oraz niewykonania ciężących na Zamawiającym obowiązków wynikających z tej umowy, gmina Ząbki może utracić zwrot kosztów niezrealizowanej części projektu, to jest dofinansowanie w wysokości do 4 997 016,58 zł (umowa o dofinansowanie przewiduje płatność na rzecz gminy w formie refundacji), co oznacza, iż gmina z własnych środków zobowiązana będzie do zapłaty kosztów, które pierwotnie były uznane za kwalifikowane.

Dodatkowo realizacja zadania inwestycyjnego związana jest bezpośrednio z przeprowadzonym wykupem gruntów pod budowę ścieżki rowerowej za kwotę 620 000,00 zł. Kwota ta została rozliczona w ramach projektu i Miasto Ząbki otrzymało refundację poniesionych kosztów w wysokości 496 000,00 zł. W związku z powyższym otrzymana refundacja w wysokości 496 000,00 będzie podlegała zwrotowi wraz z odsetkami liczonymi jak dla zaległości podatkowych od dnia przekazania środków (wpływ środków na konto Miasta Ząbki 07.12.2020 r.). Wysokość odsetek liczonych od dnia otrzymania środków tj. 07.12.2020 r. do dnia odstąpienia od umowy tj. 25.05.2023 r. wynosi 142 359,00 zł.

Z uwagi na treść umowy o dofinansowanie istnieje także ryzyko skierowania wniosku do ponownej oceny i utraty dofinansowania lub rozwiązania umowy nr RPMA.04.03.02-149408/17 z dnia 29.06.2018 r. o dofinansowanie projektu (oprócz gminy Ząbki projekt realizuje 6 gmin), co również może wiązać się z utratą dofinansowania, a w konsekwencji obciążenie Miasta Ząbki wszystkimi kosztami poniesionymi w ramach partnerstwa — na dzień 21 kwietnia 2023 r. całkowita wartość projektu wynosi 95 677 832,02 zł.

Opisany powyżej stan faktyczny oraz przedstawiona argumentacja pokazuje, że weryfikacja przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp., jest dokonana kompleksowo, rzetelnie i z uwzględnieniem okoliczności faktycznych sprawy, a wynik tej weryfikacji prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż Wykonawca podlega wykluczeniu. Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty wykazała łączne spełnienie przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga fakt, że wykluczając Wykonawcę z postępowania, a w konsekwencji odrzucając jego ofertę, Zamawiający nie opiera się wyłącznie na okoliczności, że doszło do odstąpienia od wcześniejszej umowy zawartej z Wykonawcą. Wykazano, że do odstąpienia od umowy doszło z powodu niewykonania i nienależytego wykonania umowy (stwierdzone wady wykonanych przez Rokom pracach) w sprawie zamówienia publicznego przez Wykonawcę, wykazując jednocześnie czego konkretnie Wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. W kontekście zasady proporcjonalności, wskazano również charakter i skalę nieprawidłowości, których popełnienie zarzuca się Wykonawcy, w tym wyjaśniono, jakie możliwe konsekwencje mogą spotkać Zamawiającego, z tytułu niezrealizowania przedmiotowej inwestycji. Wskazać należy także, iż określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego Wykonawca nie wykonał, było dla tej umowy istotne i znaczące, a niewykonanie zobowiązań w ramach wcześniejszej umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Zamawiający wykazał, iż po stronie Wykonawcy wystąpiły tak uciążliwe zaniedbania w wykonaniu poprzedniej umowy o zamówienie publiczne, że konieczne stało się wykluczenie z przedmiotowego postępowania. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że przedmiotem niniejszego postępowania jest wykonanie robót budowlanych, których Wykonawca nie zrealizował w ramach zawartej wcześniej umowy. Tym samym zakres i charakter ww. zamówienia jest tożsamy, a stwierdzone przez Zamawiającego naruszenia przy realizacji poprzedniej umowy o zamówienie publiczne mają odniesienie i wpływ na wykonanie obecnego przedmiotu zamówienia. Nie można również pominąć, iż wykluczenie Wykonawcy na wskazanej powyżej podstawie prawnej nastąpiło po upływie 2 miesięcy od wypowiedzenia umowy, co

potęguje wątpliwości w zakresie rzetelnej sytuacji podmiotowej Wykonawcy. Wziąwszy pod uwagę wszystko powyższe Zamawiający stoi na stanowisku, iż czynność odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp., poprzedzona wnikliwą i rzetelną oceną, wykazuje łączne spełnianie przesłanek określonych w fakultatywnej podstawie wykluczenia, a oferta podlega odrzuceniu.

Mając na uwadze stan faktyczny prowadzonego postępowania, jedyna oferta spośród ofert niepodlegających odrzuceniu z zaferowaną ceną — 3 630 000 zł brutto przekracza możliwości finansowe, a Zamawiający obecnie nie dysponuje wolnymi środkami, które mógłby przeznaczyć na realizację zamówienia publicznego i nie może zwiększyć tej kwoty do wysokości zaferowanej ceny.” (dowód: pismo z 4 sierpnia 2023 roku, dot. cz. 1).

Pismem z dnia 4 sierpnia 2023 roku zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania w zakresie części 2 na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wskazał, że w dniu 26 lipca 2023 roku, po upływie terminu składania ofert, Rada Miasta Ząbki podczas sesji zwiększyła kwotę w budżecie do wysokości 2 271 050,00 zł brutto na realizację 2 części zamówienia.

Zamawiający poinformował jednocześnie o odrzuceniu oferty wykonawcy Jakość Bis Sp. z o.o. w Ząbkach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał analogiczne okoliczności, jak w przypadku czynności odrzucenia oferty odwołującego w części 1 (dowód: pismo z 4 sierpnia 2023 roku, dot. cz. 2).

Pismem z dnia 4 sierpnia zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej w zakresie część 3, ofert wykonawcy Jakość Bis Sp. z o.o. w Ząbkach oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał analogiczne okoliczności, jak w przypadku czynności odrzucenia oferty odwołującego w części 1 i 1 (dowód: pismo z 4 sierpnia 2023 roku, dot. cz. 3).

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

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

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 w zw. z art. 222 ust. 4 w zw. z art. 7 pkt 32 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie jego części 1 oraz 2 z powołaniem się na okoliczność z art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p. w sytuacji, gdy przy budżecie 0,00 zł żadna z ofert nie mogła spełniać wymogów zamawiającego. Powyższy zarzut odwołujący podniósł wobec czynności polegającej na zaniechaniu przeznaczenia jakiegokolwiek kwoty na realizację zamówienia w części 1, 2 i 3 i upublicznienie informacji o kwocie przeznaczonej w wysokości 0,00 złotych oraz czynności unieważnienia postępowania w zakresie częściach 1 i 2 zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p., a także poprzez pozorne zwiększenie budżetu na realizację części 1, tj. w stopniu który nie pozwalał na realizację tej części zamówienia oraz poprzez wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 w sytuacji, gdy Zamawiający nie poinformował o zwiększeniu budżetu na realizację tej części.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazanego wyżej zarzutu podniósł, że zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z 4 sierpnia 2023 r., poinformował co prawda, że rada miasta zwiększyła kwotę w budżecie do wysokości 985.550,00 zł brutto na realizację części 1 zamówienia oraz do wysokości 2.271.050,00 zł brutto na realizację części 2 zamówienia, niemniej wydaje się, że był to zabieg jedynie pozorny. Mimo podwyższenia budżetu, w przypadku części 1 i tak żadna z ofert nie spełniała kryterium kwotowego, natomiast w przypadku części 2, jedyna oferta, która mieściła się w budżecie została odrzucona ze względu na brak wyjaśnień w zakresie wyliczenia zaferowanej ceny. Odwołujący wskazał, że określenie budżetu Zamawiającego na poziomie 0,00 zł dla wszystkich trzech części zamówienia eliminowało de facto każdą ze złożonych ofert, niezależnie od jej wartości. Nadto, tego typu działanie zamawiającego jawi się jako naruszenie zasady odpłatności umów w sprawie zamówień publicznych.

Z treści uzasadnienia odwołania wynika zatem, że odwołujący oparł wskazany wyżej zarzut na okoliczności, iż zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył we wszystkich częściach kwotę 0 zł.

Zgodnie z art. 222 ust. 4 ustawy P.z.p. zamawiający, najpóźniej przed otwarciem ofert, udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o kwocie, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający udostępnił na stronie internetowej informację, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w dniu 19 lipca 2023 roku. O ile odwołujący kwestionował tę czynność zamawiającego, winien był wnieść wobec niej odwołanie w terminie wynikającym z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a

ustawy P.z.p., tj. w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Termin na wniesienie odwołania na wskazaną czynność upływał zatem w dniu 24 lipca 2023 roku. Odwołanie w przedmiotowej sprawie zostało wniesione w dniu 9 sierpnia 2023 roku. Zakwestionowanie czynności, która stanowiła podstawę do dokonania kolejnej czynności zamawiającego, tj. czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p. należy zatem uznać za spóźnione. Wskazać należy, że okoliczność, iż zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 0,00 zł we wszystkich 3 częściach, wobec jej niezaskarżenia w przepisany terminie, stała się wiążąca wobec wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym zamawiający, unieważniając postępowanie w zakresie części 1 i 2, nie naruszył art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p.

Podnoszona natomiast przez odwołującego okoliczność, iż zwiększenie kwoty na realizację zamówienia, było jedynie pozorne, nie zostało przez odwołującego w żaden sposób uzasadniona. W szczególności odwołujący nie wyjaśnił, w czym upatruje pozorności zakwestionowanej czynności. Okoliczność, iż kwota, o jaką został zwiększony budżet w zakresie części 1 jest niższa od cen zaoferowanych w postępowaniu, sama w sobie nie świadczy jeszcze o pozorności dokonanej czynności. Z kolei, w przypadku części 2, kwota o jaką został zwiększony budżet, była wyższa niż najniższa zaoferowana cena. Faktem jest, iż oferta z najniższą ceną została przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p., niemniej jednak czynność ta miała miejsce już po zwiększeniu budżetu na tę część zamówienia.

Odnosząc się natomiast do argumentu, iż zamawiający nie poinformował o zwiększeniu budżetu na realizację części 3, w czym odwołujący upatruje faktu, że w tej części nie doszło do zwiększenia kwoty w budżecie na ten cel, Izba wskazuje, że żaden przepis ustawy P.z.p. nie statuuje obowiązku powiadomienia wykonawców o zwiększeniu budżetu na realizację zamówienia, w okolicznościach, o których mowa w art. 255 pkt 3 ustawy P.z.p.

Jednocześnie Izba podkreśla, że odwołujący nie podniósł żadnych zarzutów wobec oferty wybranej jako najkorzystniejsza w zakresie części 3 zamówienia.

Izba wskazuje, że oddalenie powyższego zarzutu oraz fakt, iż odwołujący nie podniósł zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia powoduje, że czynności zamówienia polegające na unieważnieniu postępowania w zakresie części 1 i 2 oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 3 pozostają w mocy i są wiążące wobec wszystkich uczestników postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Czynności te stanowią jednocześnie wynik postępowania w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Oznacza to, że nie mogą zostać uwzględnione pozostałe zarzuty odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego w postępowaniu w wyniku bezpodstawnego przyjęcia, że podlega on wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. oraz zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. przez uznanie, że przedstawione przez odwołującego w piśmie z dnia 2 sierpnia 2023 roku wyjaśnienia są bezzasadne i w żaden sposób nie uzasadniają podstawy do uznania, że odwołujący nie podlega wykluczenia z postępowania. Nawet w sytuacji, gdyby zarzuty te okazały się uzasadnione, stwierdzone naruszenia zamawiającego nie miały i nie będą mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Sytuacja odwołującego w postępowaniu nie ma bowiem wpływu ani na fakt unieważnienia postępowania w części 1 i 2, ani też na wybór najkorzystniejszej oferty w części 3.

Jedynie na marginesie Izba zauważa, że nie dostrzega w czynnościach zamawiającego naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy P.z.p.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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.

Przepis odnosi się zarówno do przypadków całkowitego niewykonania zobowiązania, jak i do nienależytego wykonania zobowiązania polegającego w szczególności na spełnieniu świadczenia bez zachowania terminu, miejsca, rozmiaru, sposobu lub jakości. Podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Pojęcie „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” jest bowiem pojęciem szerszym aniżeli „wina”. Zamawiający musi jednak wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Zamawiający w treści zawiadomienia o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a teŝe ustawy podał szczegółowe i obszerne

uzasadnienie dokonanej czynności, wskazując na okoliczności realizacji inwestycji, polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowej oraz budowie drogi dla rowerów oraz drogi dla pieszych i rowerów w ciągu ulic: Andersena – Szwoleżerów – Stefczyka – Gajowa na odc. od ul. Skrajnej do ul. Sikorskiego w Ząbkach. Zamawiający podniósł szereg okoliczności, leżące po stronie odwołującego, które spowodowały znaczne opóźnienia w realizacji inwestycji. Nawet przy założeniu, że nie wszystkie przyczyny opóźnienia leżą po stronie odwołującego, to część niewątpliwie do takich należy. W szczególności za takie należy uznać te, do których odwołujący nie odniósł się w treści odwołania. Zgodnie bowiem z treścią art. 533 ust. 2 ustawy P.z.p, 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 tak, zamawiający w treści informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania wskazał takie okoliczności, jak: obecność na budowie wyłącznie 4 pracowników, brak osoby ze strony wykonawcy pełniącej nadzór nad pracownikami i koordynującego roboty, realizacja odcinka 1 w bardzo wolnym tempie i niepojawianie się przez wielodniowe okresy pracowników, nieprzystępowanie do uporządkowania terenu pomimo deklaracji składanych kilka dni wcześniej, co uniemożliwiało wejście w teren wykonawcy nasadzeń, itp. Okoliczności te bez wątpienia przyczyniły się do nieterminowego wykonania robót. Odwołujący nie wyjaśnił przyczyn tego rodzaju zdarzeń.

Odwołujący w treści odwołania podnosił, że do opóźnień w wykonaniu i przekazaniu zamawiającemu przyczynił się fakt, iż w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia odwołujący wraz z zamawiającym ustalili, że konieczny jest podział dokumentacji projektowej na dodatkowe dwa etapy, co wiązało się z przejściem przez dwie dodatkowe procedury administracyjne, czyli uzyskanie pozwolenia na budowę oraz zgłoszenie robót. Niemniej jednak odwołujący w treści odwołania przyznaje, że ustalenia te miały miejsce podczas spotkań mających miejsce w okresie marzec – maj 2022 roku. Zatwierdzenia dokumentacji projektowej przez właściwy organ administracji architektoniczno-budowlanej miały miejsce w dniach: odcinek 1 – 07.09.2022 r., odcinek 2 – 08.11.2022 r., odcinek 3 – 28.02.2023 r., odcinek 4 – 08.11.2022 r. W dniu 28 listopada 2022 roku strony podpisały aneks nr 1 do Umowy, na podstawie którego wydłużono terminy na opracowanie dokumentacji projektowej i przedłożenie zamawiającemu ostatecznej decyzji administracyjnej do dnia 28 lutego 2023 roku (tj. o osiem miesięcy w stosunku do terminu pierwotnego) oraz na zakończenie wykonania przedmiotu umowy do dnia 31 maja 2023 roku. Zgodnie z informacją przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie w dniu 24 sierpnia br., to odwołujący zaproponował terminy, które strony uwzględniły w aneksie. Odwołujący tej informacji nie zaprzeczył, zatem Izba, na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy P.z.p, uznała tę okoliczność za przyznaną. W ocenie Izby, odwołujący, w dniu podpisywania aneksu, winien mieć pełną wiedzę na temat koniecznego zakresu prac, ich postępu i możliwości zakończenia w zaproponowanym terminie. Jeżeli zmienione aneksem terminy okazały się niemożliwe do dotrzymania, jest to także okoliczność obciążająca odwołującego, jako że nie był on w stanie realnie ocenić czasu niezbędnego do ukończenia prac.

Podobnie należy ocenić okoliczności towarzyszące uzgodnieniu projektu usunięcia kolizji linii elektroenergetycznych niskiego i średniego napięcia. Z treści pism, w których zamawiający informował o wykluczeniu odwołującego z postępowania, wynika, że wniosek o usunięcie kolizji został złożony w dniu 31.01.2022 r., po czym był kilkakrotnie uzupełniany i dopiero działania podjęte przez zamawiającego spowodowały wydanie warunków usunięcia kolizji w dniu 4 stycznia 2023 roku. Odwołujący w treści odwołania nie wyjaśnił przyczyn tak znacznego opóźnienia w uzyskaniu uzgodnień, ograniczając się do stwierdzenia, że kolizja została usunięta dopiero w dniu 27 kwietnia 2023 roku. W szczególności odwołujący nie wykazał, że opóźnienie nie wyniknęło z przyczyn leżących po jego stronie.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego wskazanej w odwołaniu, a dotyczącej skuteczności oświadczenia o odstąpieniu przez zamawiającego od umowy z odwołującym, Izba wskazuje, że rozstrzygnięcie w kwestii skuteczności odstąpienia nie należy do kognicji Izby, ale sądu powszechnego, co wynika z treści art. 2 § 1 w zw. z art. 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1805 ze zm.).

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2023 roku oddaliła wnioski dowodowe odwołującego i zamawiającego z przesłuchania świadków wskazanych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, wskazując, że osoby zgłoszone jako świadkowie tj. Pan Kosmatka, P., Powierża oraz Pani B. brały udział w rozprawie jako pełnomocnicy. Przesłuchanie pozostałych świadków zgłoszonych przez strony Izba uznała za bezprzedmiotowe z uwagi na fakt, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy umożliwił wydanie wyroku, w szczególności, że okoliczności, które miały zostać wykazane zeznaniami świadków, pozostają bez wpływu na rozstrzygnięcie Izby, jako że dotyczą realizacji inwestycji polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowej oraz budowie drogi dla rowerów oraz drogi dla pieszych i rowerów w ciągu ulic: Andersena – Szwoleżerów – Stefczyka – Gajowa na odc. od ul. Skrajnej do ul. Sikorskiego w Ząbkach, a podniesione w tym zakresie zarzuty pozostają bez wpływu na wynik postępowania.

Analogicznie – Izba postanowiła oddalić wnioski dowodowe z dokumentów wskazanych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, innych niż wykazane w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Izba w tym zakresie podtrzymuje argumentację wskazaną wyżej.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

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

Przewodniczący:.....