

WYROK
z dnia 8 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2023 r. przez wykonawcę **LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wojszycka 46, 53-006 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Jelenia Góra, Pl. Ratuszowy 58, 58-500 Jelenia Góra**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TERMOBUD A.J. KOWAL Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu, ul. Kahla 37, 39-300 Mielec (lider konsorcjum)** i **INSTYTUT TECHNOLOGII KONSERWACJI ZABYTKÓW Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Ogrodowa 17 lok. 9, 61-821 Poznań (partner konsorcjum)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 481/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TERMOBUD A.J. KOWAL Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu (lider konsorcjum)** i **INSTYTUT TECHNOLOGII KONSERWACJI ZABYTKÓW Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu (partner konsorcjum)** oraz unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy **LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i odrzucenia jego oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty tego wykonawcy.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Miasto Jelenia Góra, Pl. Ratuszowy 58, 58-500 Jelenia Góra** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wojszycka 46, 53-006 Wrocław tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. zasądza od zamawiającego **Miasta Jelenia Góra, Pl. Ratuszowy 58, 58-500 Jelenia Góra** na rzecz wykonawcy **LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wojszycka 46, 53-006 Wrocław** kwotę **14 840 zł 37 gr** (słownie: czternaście tysięcy osiemset czterdzieści złotych trzydzieści siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, kosztów noclegu oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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:

Uzasadnienie

Miasto Jelenia Góra, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Renowację zabytkowego zespołu pałacowo-parkowego w Jeleniej Górze i jego adaptację na centrum kultury”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 grudnia 2022 r., 2022/BZP, poz. 00516673/01.

W dniu 21 lutego 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TERMOBUD A.J. KOWAL Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu oraz Instytut Technologii Konserwacji Zabytków Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu, zwanych dalej „konsorcjum TERMOBUD”, pomimo, iż przedmiotowa oferta zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp powinna zostać odrzucona albowiem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,
2. wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty pomimo, iż w stosunku do Odwołującego nie ziściły się podstawy do wykluczenia wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. i art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp a w konsekwencji brak było podstaw odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty konsorcjum TERMOBUD, pomimo, iż przedmiotowa oferta została odrzucona albowiem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez konsorcjum TERMOBUD wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,

2. art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo, iż Odwołujący nie naruszył w sposób zawiniony poważnie obowiązków zawodowych, co rzekomo miałyby podważać uczciwość Odwołującego, w szczególności Odwołujący nie dopuścił się niewykonania zamówienia lub nienależytego wykonania zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa,
3. art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo, iż w stosunku do Odwołującego nie doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego 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,
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo, iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, zwłaszcza na podstawie wskazanych przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum TERMOBUD jako najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum TERMOBUD z uwagi na fakt, iż oferta złożona przez konsorcjum TERMOBUD zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze spisem kosztów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu 1 dotyczącego rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł m.in., że cena jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia opiewa na kwotę 5.500.000 zł. Zatem kwota zaoferowana jest znacznie niższa aniżeli kwota, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia Zamawiający. Cena zaoferowana przez Konsorcjum jest zatem o 29,27% niższa od kwoty, jaką na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć Zamawiający, co już powinno wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do tego, iż przedmiotowa cena jest ceną rażąco zaniżoną. Szczególnie dobrze fakt rażącego zaniżenia ceny przez Konsorcjum potwierdza zestawienie jej z pozostałymi ofertami złożonymi w ramach postępowania, gdzie średnia arytmetyczna cen

wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu wynosi 9.099.385,00 zł. Toteż cena przedstawiona w ofercie konsorcjum jest aż o 57,25% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp.

Wyjaśnienia przedstawione przez Konsorcjum wskutek wezwania dokonanego przez Zamawiającego w żaden sposób nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Wynika to z ofert podwykonawców. I tak:

1) Oferta podwykonawcy w zakresie branży elektrycznej

W ramach wyjaśnień Konsorcjum przedstawiło ofertę na realizację prac z branży elektrycznej na sumę 350.000,00 zł netto. Jest to kwota całkowicie nierealna – oferta podwykonawcy na ten sam zakres prac jaką otrzymało LK Inwest sp. z o.o. opiewa bowiem na kwotę 1 088 011,68 zł netto. Natomiast kosztorys wykonany w powszechnie używanym programie Norma Pro, wykonany na podstawie przedmiarów załączonych do dokumentacji przedmiarów przez Zamawiającego wykazuje koszt prac z zakresu branży elektrycznej na kwotę 1 239 657,58 zł netto. Wskazane dokumenty dobitnie wykazują, że oferta podwykonawcy (a tym samym opierająca się na niej oferta Konsorcjum), jest całkowicie niewiarygodna, rażąco zaniżona, natomiast podmiot przygotowujący ofertę w ogóle nie zapoznał się z materiałami udostępnionymi przez Zamawiającego w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.

2) Oferta podwykonawcy na prace sanitarne

Przedstawiona przez Konsorcjum oferta w zakresie prac sanitarnych opiewa na kwotę 129.850,00 zł netto za całość prac. LK Inwest sp. z o.o. otrzymało ofertę podwykonawcy na realizację prac wyłącznie w zakresie wentylacji na kwotę 167.000,00 zł netto plus koszty dodatkowej gwarancji od producenta sprzętu na kwotę 4.850,00 zł. Przedmiotowa oferta pochodzi od podwykonawcy, który współpracował już z LK Inwest sp. z o.o. na tej inwestycji (wówczas gdy umowa „główna” między Zamawiającym a LK Inwest sp. z o.o. została rozwiązana na mocy porozumienia stron). Przedmiotowy podwykonawca doskonale zna specyfikę realizowanej inwestycji oraz wszelkie wymagania Zamawiającego – dlatego był w stanie wskazać realną i prawdziwą cenę wykonanych prac (a jest to wyłącznie część prac w zakresie branży sanitarnej). Bezsprzecznie wykazuje to, że cena zaoferowana przez konsorcjum jest rażąco wręcz zaniżona.

3) Prace konserwatorskie

Konsorcjum przedstawiło ofertę w zakresie realizacji prac konserwatorskich na kwotę 217 434,50 zł netto. Z informacji uzyskanych przez LK Inwest sp. z o.o. wynika natomiast, że podwykonawca, który uprzednio w ramach tej samej inwestycji świadczył usługi na rzecz LK Inwest sp. z o.o. - K. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARGOUILLE K. D. - KONSERWACJA I RESTAURACJA OBIEKTÓW ZABYTKOWYCH, zaoferował innym

oferentom, którzy złożyli oferty w ramach niniejszego postępowania ofertę realizacji prac konserwatorskich na kwotę 1.440.000 zł netto i według opinii wskazanego podwykonawcy cena 217 434,50 zł netto jest całkowicie nierealna. K. D. jest dobrze znany Miastu Jelenia Góra oraz bardzo ceniony przez Zamawiającego. Świadczy to dobitnie o rażącym, około 7-krotnym zaniżeniu ceny przez Konsorcjum.

4) Reszta prac budowlanych

Opierając się na ofercie podwykonawcy Konsorcjum wyceniło resztę prac koniecznych do zrealizowania na kwotę 1.500.000 zł netto. Niemniej jednak jeszcze w ramach realizacji inwestycji przed rozwiązaniem wcześniejszej Umowy LK Inwest sp. z o.o. otrzymała aktualizację wyceny na prace parkieciarskie na kwotę 500.000 zł netto, gdzie na początku prace te zostały wycenione na kwotę 364.580 zł netto. Natomiast kosztorys wykonany w powszechnie używanym programie Norma Pro, wykonany na podstawie przedmiarów załączonych do dokumentacji przetargowej przez Zamawiającego wykazuje koszt prac z omawianego zakresu na kwotę znacznie wyższą (kosztorys w załączeniu do pisma). Świadczy to o rażącym zaniżeniu przez Konsorcjum ceny przedmiotowych prac.

5) Prace związane z ogrodzeniem

Przedstawiona przez Wykonawcę oferta Podwykonawcy na realizację ogrodzenia jest błędna – zawiera wyłącznie wycenę materiału, bez montażu i transportu z Mielca. Oferta nie zawiera także słupków, podmurówek i pozostałych prac rozbiórkowo naprawczych. Co szczególnie istotne oferta nie uwzględnia także renowacji i odtworzenia istniejącej bramy wjazdowej gdzie najtańsza oferta tylko na renowację bramy i furtki opiewała na kwotę około 70 000.00 zł netto. Świadczy o to rażącym zaniżeniu ceny przez Konsorcjum.

Nadto dodał, że inwestycja, która ma zostać dokończona w ramach niniejszego postępowania charakteryzuje się bardzo wysokim stopniem skomplikowania - dotyczy ona budynku o charakterze zabytku, a w trakcie uprzednio realizowanych przez LK Inwest sp. z o.o. w ramach rozwiązanej na mocy porozumienia stron umowy prac zaszła konieczność wykonania wielu prac dodatkowych, które nie były objęte przedmiotem umowy łączącej uprzednio LK Inwest sp. z o.o. oraz Zamawiającego. Zamawiający ma doskonałą świadomość, jaki charakter ma przedmiotowa inwestycja i w związku z tym powinien wiedzieć, że cena zaproponowana przez Konsorcjum jest ceną zbyt niską, z góry nie pozwalającą na ukończenie przedmiotowej inwestycji. W tym zakresie niewiele zmieniają niewiarygodne wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. Tym samym złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu i na tej podstawie odrzucić ofertę złożoną przez konsorcjum.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania podniósł m.in., że Zamawiający jako podstawę wykluczenia Odwołującego przedstawił wyłącznie okoliczności związane z umową zawartą między Zamawiającym a LK Inwest sp. z o.o. w

trakcie której między stronami doszło do sporu związanego z realizacją prac. Fakt ten obrazuje treść pisma Zamawiającego z dnia 16 lutego 2023 r., w którym Zamawiający wykluczając Odwołującego potwierdza jednocześnie istnienie między Stronami sporu. Zamawiający wprost wskazuje, że w stosunku do Odwołującego nie zachodzą przesłanki wyłączenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. O braku obiektywizmu oraz chęci „pozbycia się LK Inwest sp. z o.o.” dobitnie świadczy stwierdzenie Zamawiającego o treści „Zamawiający doskonale wie jakich czynów dopuścił się Wykonawca na inwestycji „Utworzenie nowoczesnego kompleksu opiekuńczo – mieszkalnego dla osób z niepełnosprawnością i seniorów przy ul. Łazienkowskiej w Jeleniej Górze” i jakie wywołały one konsekwencje, tj. skutek w postaci odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy.”, którego użycie jest nie do końca zrozumiałe i świadczy, o tym, iż zarzuty Zamawiającego mają charakter nie merytoryczny i obiektywny, lecz nacechowany przede wszystkim podłożem osobistym.

Zamawiający twierdzi, jakoby w ramach umowy zawartej z Miastem Jelenia Góra nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r. dotyczącej zadania pn. „Utworzenie nowoczesnego kompleksu opiekuńczo-mieszkalnego dla osób z niepełnosprawnością i seniorów przy ul. Łazienkowskiej w Jeleniej Górze” Wykonawca rzekomo naruszył zasady obowiązków zawodowych, obowiązków wynikających z umowy, w tym zasady wykonywania robót budowlanych oraz prawa budowlanego, co doprowadziło do niewykonania zamówienia. Oświadczenie Zamawiającego z dnia 25 października 2022 r. o odstąpieniu od umowy nr RZ.272.2.2022 jest bezskuteczne i jako takie nie zostało uznane przez LK Inwest sp. z o.o. Przesłanki ustawowej podstawy odstąpienia z art. 635 k.c. oraz art. 636 k.c. a także przesłanki umownej podstawy odstąpienia z § 14 ust. 3 pkt 6 umowy nie spełniły się. Wykonawca informował o tym Zamawiającego w treści skierowanych do Zamawiającego pism (m.in. z dnia 25 października 2022 r. oraz zwłaszcza w piśmie z dnia 28 października 2022 r., w którym kompleksowo wykazano bezzasadność odstąpienia), jak również w treści korespondencji e-mail oraz wzajemnych spotkań. Celem jednak wyjaśnienia wszelkich wątpliwości i zastrzeżeń zgłaszanych przez Zamawiającego zasadne jest ponowne przytoczenie stanu faktycznego oraz ponowne przedstawienie przedmiotowej argumentacji.

1) Stan faktyczny – bezzasadność argumentacji Zamawiającego, jak również bezskuteczność odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego, skuteczne odstąpienie od umowy przez Wykonawcę

W dniu 16 maja 2022 r. pomiędzy Miastem Jelenia Góra, a konsorcjum firm LK Inwest sp. z o.o. doszło do zawarcia umowy nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r. dotyczącej zadania pn. „Utworzenie nowoczesnego kompleksu opiekuńczo-mieszkalnego dla osób z niepełnosprawnością i seniorów przy ul. Łazienkowskiej w Jeleniej Górze”. Termin realizacji umowy został określony na 16 grudnia 2024 r. - tak długi termin (16.12.2024 r.) został

określony nie z uwagi na względy technologiczne, lecz finansowanie inwestycji. W umowie nie wskazano również zwłaszcza szczegółowo jakim wymaganiom miał odpowiadać harmonogram rzeczowo-finansowy, który miał przedstawić Wykonawca. Zamawiający całkowicie bezzasadnie odstąpił od przedmiotowej umowy pismem z dnia 25 października 2022 r., a wypowiedzenie zostało uznane przez LK Inwest sp. z o.o. za bezskuteczne. Wykonawca od samego początku realizacji napotykał na duży opór ze strony Przedstawicieli Zamawiającego oraz brak współdziałania z Wykonawcą w celu należytej realizacji zamówienia (zob. § 9 ust. 1 pkt 7 umowy). Proces akceptacji złożonego przez Wykonawcę projektu harmonogramu rzeczowo-finansowego (HRF) był bezpodstawnie oraz celowo opóźniany przez Zamawiającego. Pierwsza wersja HRF została przesłana do Zamawiającego w dniu 3 czerwca 2022 r., do którego Zamawiający wniósł uwagi w dniu 6 czerwca 2022 r. Zamawiający zarzucił Wykonawcy opracowanie HRF bez uwzględnienia zapisów umowy - jednakże w umowie brak jest szczegółów i wymogów dotyczących wymaganych elementów HRF, a więc brak jest podstaw do stawiania ww. zarzutów. Mając na uwadze chęć współpracy z Zamawiającym, Wykonawca postanowił dostosować HRF do wymagań Zamawiającego, pomimo braku umownego obowiązku do wprowadzenia tych zmian. Zamawiający bezpodstawnie uniemożliwił Wykonawcy podpisanie umowy podwykonawczej na wykonanie dokumentacji projektowej budynku A z firmą Pracownia Projektowa FORMAT H. C., warunkując jej zawarcie zmianami w HRF. Brak akceptacji przez Zamawiającego przedłożonego HRF w żaden sposób nie warunkuje możliwości podpisania umowy podwykonawczej. Zamawiający w piśmie z dnia 10 czerwca 2022 r. podniósł zarzut, że nie ma możliwości weryfikacji przez Zamawiającego zapisów umowy z Podwykonawcą zarówno w zakresie terminów jej realizacji, jak i płatności wynagrodzenia. Jest to niezgodne ze stanem faktycznym, ponieważ termin wykonania dokumentacji projektowej, w tym termin przejściowy na uzyskanie decyzji pozwolenia na budowę, został jasno określony zarówno w złożonym projekcie HRF, w projekcie umowy podwykonawczej, jak również w umowie z Zamawiającym w §2 ust. 1 i jest to termin tożsamy. Analogiczna sytuacja ma miejsce odnośnie wysokości wynagrodzenia umowy podwykonawczej w umowie z Zamawiającym w §6 ust. 2 pkt 2) lit. a) wyszczególniono maksymalną wartość wynagrodzenia Wykonawcy za ten zakres prac i jest ono zgodne z przedstawionym projektem umowy podwykonawczej i projektem HRF. Zamawiający bezpodstawnie więc twierdził, że nie był w stanie zweryfikować terminów realizacji ani wynagrodzenia dla podwykonawcy. Zwłoka w akceptacji umowy podwykonawczej przez Zamawiającego spowodowała opóźnienie w zakontraktowaniu podwykonawcy na wykonanie dokumentacji projektowej.

W dniu 13 czerwca 2022 r. Wykonawca, pomimo braku obowiązku umownego, przedstawił Zamawiającemu propozycję rozbicia HRF na bardziej szczegółowe pozycje, które to Zamawiający zaakceptował. W dniu 15 czerwca 2022 r. została przesłana do

Zamawiającego wersja HRF, uwzględniająca zaakceptowane wcześniej rozbiście pozycji. Wykonawca w dniu 20 czerwca 2022 r. otrzymał odpowiedź z kolejnymi, niesłusznymi i jedynie częściowymi uwagami do HRF. Zamawiający zarzucił Wykonawcy wpisanie błędnej wartości prac projektowych w HRF, lecz to Zamawiający błędnie odczytał treść HRF, nie widząc podziału prac projektowych na kilka pozycji, przez co błędnie sumował wartości. Zostało to wyjaśnione i potwierdzone przez Zamawiającego. Co dziwniejsze, kwota ta nie budziła u Zamawiającego żadnych podejrzeń w poprzednio przesyłanych projektach HRF. Drugim zarzutem był termin wykonania prac rozbiórkowych projektowanego budynku A, pomimo późniejszego ustalenia, że szczegółowy podział zakresu prac oraz ich termin, zostanie uaktualniony w ciągu 20 dni od dnia uzyskania pozwolenia na budowę (tj. uzyskanie pozwolenia planowo od dnia 16 stycznia 2023 r.). Odnośnie pozostałych spraw, przedstawiciel Zamawiającego przyznał, że „pozostałe pozycje harmonogramu analizuje”. Otrzymane w terminie późniejszym kolejne uwagi były na tyle absurdalne, że Wykonawca zaczął podejrzewać celowe działanie Zamawiającego na niekorzyść Wykonawcy oraz przedłużanie akceptacji HRF z premedytacją. Uwagi przesłane w dniu 21 czerwca 2022 r. i dotyczyły one:

- a. dopisania dodatkowych podpozycji do pozycji pn. „Mobilizacja placu budowy” – pomimo akceptacji w dniu 14 czerwca 2022 propozycji Wykonawcy ze szczegółowym rozbiściem pozycji
- b. dopisania do pozycji pn. „Izolacja pozioma” treści „(termiczna i przeciwwodna?)”- jw.
- c. dopisania do pozycji pn. „Instalacja gazowa zewnętrzna (zbiornik)” treści „przyłącze” – jw.
- d. zaznaczenia kolorem czerwonym kwot dotyczących prac rozbiórkowych budynku B- jako prace wykonywane za wcześnie, bez pozwolenia na budowę dot. bud. A.

Wykonawca naniósł „uwagi” i przesłał kolejną wersję HRF w dniu 23 czerwca 2022 r. Zamawiający po kolejnych czterech dniach przesłał wiadomość mailową, że Wykonawca „ignoruje uwagi zaznaczone kolorem czerwonym”. Jest to niezgodne z prawdą, ponieważ rozpoczęcie prac rozbiórkowych zostało przesunięte na październik 2022 r., który to termin był realny, ponieważ ewentualny podwykonawca prac projektowych zapewniał o możliwości uzyskania pozwolenia na budowę w terminie do końca września. Przedstawiciel Zamawiającego zagroził Wykonawcy, że w przypadku nieprzedstawienia wersji HRF zgodnej z umową (umową, która w żaden sposób nie precyzuje i nie stawia wymagań odnośnie HRF), podejmie kroki zmierzające do wstrzymania robót budowlanych. Wykonawca w tym samym dniu, nie mając zamiaru spierać się z Zamawiającym o kwestię terminu realizacji prac rozbiórkowych zaplanowanych na blisko pół roku wprzód, przeniósł prace rozbiórkowe bud. A z terminem rozpoczęcia od lutego 2023 r. i przesłał taką wersję HRF do akceptacji. Bazując na wcześniejszej korespondencji, ostatnia i jedyna uwaga do HRF dotyczyła terminu wykonania prac rozbiórkowych budynku A, która została dostosowana do bezpodstawnych

wymagań Zamawiającego. Co istotne, dwa dni później (tj. 29 czerwca 2022 r.), Wykonawca przedstawił projekt umowy podwykonawczej na prace wyburzeniowe z firmą G. C. DAST.

Wykonawca otrzymał odpowiedź w sprawie HRF w dniu 4 lipca 2022 r., która wprowadzała szereg nowych uwag do przedstawionego HRF. Na przekór Wykonawcy, Zamawiający uznał że pozycje HRF dotyczące budynku A (w tym np. prac rozbiórkowych bud. A, czyli ostatniej zgłoszonej uwagi do HRF blokującej możliwość akceptacji HRF), przyjęte są jako orientacyjne i zostaną one szczegółowo przedstawione po uzyskaniu pozwolenia na budowę budynku A. Zmiany, na które nalegał Zamawiający od blisko trzech tygodni, po ich dostosowaniu przez Wykonawcę przestały być dla Zamawiającego istotne i wygląda na to, że mogły zostać zaakceptowane w formie przedłożonej kilka tygodni wcześniej.

Pozostałe uwagi wniesione przez Zamawiającego w notatce z dnia 4 lipca 2022 to:

1. Wartość ogólna- zgodna z umową – 13.466.040,00

Wykonawca rozumie to jako nic nie wnoszące stwierdzenie faktu, które z niezrozumiałych powodów znalazło się w notatce z uwagami do HRF.

2. Wartość ogólna do Etapu nr I - 8.437.800,00, w umowie 8.466.040,00 – niezgodna z umową

3. Wartość ogółem Etapu nr I – 2.699.850,00, w umowie 2.500.000,00 – niezgodna z umową

4. Wartość ogółem Etapu nr II – 2.328,390,00, w umowie 2.500.000,00 – niezgodna z umową

Zapisy umowy §7 ust. 2 wyraźnie wskazują, że wartości wynagrodzenia za poszczególne etapy nie muszą być identyczne jak podane w umowie, co potwierdza zapis dotyczący płatności części wynagrodzenia, „druga transza (tj. Etap II) w wysokości kwoty pozostałej do zapłaty (nie większej niż 2 500 000,00 PLN) (...)”. Zostało to wyjaśnione Zamawiającemu na spotkaniu w dniu 06 lipca 2022 r. oraz przyjęte bez uwag.

5. Harmonogram zakłada zakończenie robót w budynku nr 1 do końca października 2023 r. i do zafakturowania narastająco pełna kwota z umowy łącznie z wyposażeniem brutto 5.448.900,00

Wykonawca rozumie to jako nic nie wnoszące stwierdzenie faktu, które z niezrozumiałych powodów znalazło się w notatce z uwagami do HRF.

6. W związku z realizacją robót w formule „zaprojektuj i Wykonaj” można jedynie szacować zakres i ceny robót na podstawie PFU. Dla Budynku nr A szczegółowy harmonogram, zgodnie ze wzorem jak dla Budynku nr 1, Wykonawca przedstawi po wykonaniu dokumentacji projektowej. Przedstawione wartości i terminy realizacji można przyjąć jako orientacyjne. Wykonawca zobowiązuje się przedstawienia szczegółowego harmonogramu dla Budynku nr A do 20 dni od daty uzyskania prawomocnej decyzji pozwolenia na budowę.

Zgodnie z opisem wyżej, Zamawiający uznał, że ostatnie uwagi uniemożliwiające akceptację przedstawionego HRF na dzień 21 czerwca 2022, na dzień 04 lipca 2022 r. są jednak dla Zamawiającego nieistotne.

7. Zastrzeżenia co do rażącej rozbieżności cen w przypadku robót wyburzeniowych
w Budynku nr 1- 535.050,00 brutto
w Budynku nr A- 750.000,00 brutto
razem 1.285.050,00 brutto

w odniesieniu do ceny podanej w propozycji umowy Wykonawcy z Podwykonawcą, w której podano wartość dla całego zakresu robót wyburzeniowych w obu budynkach w kwocie 245.000,00 + VAT, czyli 301.350,00. (...) W ocenie Zamawiającego wartość robót wyburzeniowych przyjęta w harmonogramie jest rażąco wysoka- różnica w wysokości 983.700,00 brutto – narzut do ceny z Podwykonawcą 426%. Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia tej różnicy w terminie do 07.07.2022 r.

Zamawiający nie miał żadnych uwag do przedstawionych kwot prac wyburzeniowych, które nie uległy zmianie od pierwszego projektu HRF z dnia 03 czerwca 2022 r.

8. W propozycji umowy na wykonanie dokumentacji projektowej podano cenę 138.000,00 netto + VAT, czyli 169.740,00 brutto,
w harmonogramie 209.100,00 brutto + 12.300,00 brutto na kończenie budowy po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie = razem 221.400,00 brutto,
w umowie podstawowej na wykonanie zdania 221.400,00 brutto

Wykonawca rozumie to jako nic nie wnoszące stwierdzenie faktu, które z niezrozumiałych powodów znalazło się w notatce z uwagami do HRF.

9. Wykonawca opracowując harmonogram, powinien podzielić roboty na elementy z dostosowaniem ich okres realizacji i wartości przewidując zlecenie robót Podwykonawcom. Zamawiający informuje, że nie zezwoli na zawarcie umowy z Podwykonawcą na wykonanie elementu robót lub dostaw, jeżeli wartość w tej umowie będzie wyższa od wartości tego elementu w zatwierdzonym harmonogramie lub termin realizacji elementu będzie dłuższy od terminu podanego w zatwierdzonym harmonogramie. Ponadto podobnie jak w przypadku wartości dla robót wyburzeniowych różnica pomiędzy wartością podaną w harmonogramie a wartością w umowie z Podwykonawcą nie może się aż tak rażąco różnić.

W świetle powyższych rozważań, brak było podstawy prawnej, na której Zamawiający opierał swoje decyzje o braku akceptacji umów podwykonawczych, których wartość będzie wyższa od wartości tego elementu w HRF, lub gdy dojdzie do „rażącej” różnicy w kwotach. Dodatkowo z pism wynikało, że istotnym powodem odstąpienia od umowy przez Zamawiającego była wysokość wynagrodzenia podwykonawcy robót wyburzeniowych, która w istocie wynosi 301.350 zł, a nie ponad 3.000.000 zł jak błędnie twierdził Zamawiający.

Wykonawca ustosunkował się do wszystkich powyższych zapisów podczas spotkania w Urzędzie Miasta w dniu 6 lipca 2022 r., przesłał kolejną wersję (szóstą!) wersję HRF, która ostatecznie w dniu 12 lipca 2022 r. uzyskała akceptację Zamawiającego.

Prace dotyczące robót odkrywkowych fundamentów zostały przeprowadzone na polecenie Kierownika Budowy. Zgodnie z Prawem Budowlanym, jednym z obowiązków Kierownika Budowy jest kierowanie budową obiektu budowlanego w sposób zgodny z projektem i pozwoleniem na budowę. Podstawowa powinność Kierownika Budowy dotyczy organizacji budowy i robót na niej prowadzonych. Nie jest on osobą nadzorującą budowę (jak inspektor nadzoru), lecz osobą decydującą w bieżących kwestiach związanych z pracami budowlanymi (lex nr 2956822, Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dn. 18 marca 2020 r., sygn.. I ACa 652/19). Co istotne, prace prowadzone były dodatkowo w obecności pracownika podwykonawcy, który posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń. Dokonane na polecenie Kierownika Budowy odkrywki zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną, a ich głębokość nie stanowiła zagrożenia dla statyki obiektu. Szerokość odkrywek nie przekraczała 1-1,5 m, więc nie może być mowy o ryzyku dla konstrukcji. Zostało to opisane w wiadomości mailowej Kierownika Budowy z dnia 06 lipca 2022 r., skierowanej do przedstawicieli Zamawiającego.

Pomimo tego, na polecenie Inspektora Nadzoru, odkrywki zostały uzupełnione zagęszczonym kruszywem w ciągu 1 dnia od wezwania.

Wyburzenie konstrukcji schodów zewnętrznych było konieczne ze względu na zapewnienie bezpieczeństwa, zgodnie z wpisem do dziennika budowy Kierownika Budowy z dnia 04-07-2022 r. Schody nie były połączone w budynku A, a ich stan degradacji stanowił zagrożenie dla osób prowadzących prace w ich pobliżu. Toteż ich wyburzenie było w pełni uzasadnione i niezbędne z punktu widzenia realizacji prac.

Ewentualne niewielkie uchybienia w zakresie BHP były na bieżąco usuwane, o czym świadczy chociażby treść wiadomości e-mail skierowanej przez kierownika budowy do Zamawiającego w dniu 23 sierpnia 2023 r.

W toku prowadzonej inwestycji stosownie do zapisów zawartych w § 5 ust. 2 pkt 2 w/w umowy strony dokonały w dniu 3 października 2022 r. częściowego odbioru robót budowlanych, stwierdzonego protokołem częściowego odbioru robót nr 2, bez uwag strony pozwanej.

Wobec powyższego zgodnie z § 7 ust. 1 umowy powód w dniu 4 października 2022 r. wystawił fakturę VAT nr 01/10/2022, którą złożył pozwanemu w dniu 5 października 2022 r. na kwotę 92 250,00 zł z 30 dniowym terminem płatności na wskazany numer rachunku bankowego.

Wobec braku zapłaty przedmiotowej faktury w określonym terminie, wykonawca, pismem z dnia 8 listopada 2022 r. skierował do zamawiającego wezwanie do zapłaty w nieprzekraczalnym terminie do dnia 14 listopada 2022 r.

Wobec braku zapłaty faktury VAT nr 01/10/2022 w wyniku złożonego pozwu z dnia 12 grudnia 2022 r. Sąd Okręgowy w Legnicy VI Wydział Gospodarczy nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 3 lutego 2023 r., sygn. akt VI GNc 382/22 nakazał stronie pozwanej Miastu Jelenia Góra, aby zapłaciła stronie powodowej LK Inwest Sp. z o.o. kwotę 92 720,89 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych od kwoty 92 250 zł od dnia 5 listopada 2022 r. do dnia zapłaty. Powyższy nakaz zapłaty stanowi podstawę uzyskanego zabezpieczenia w toku postępowania zabezpieczającego prowadzonego przez Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowy w Jeleniej Górze Ł. K., sygn. akt GKM 13/23.

Przedstawione w oświadczeniu o odstąpieniu od umowy z dnia 25 października 2022 r. stwierdzenie, że Wykonawca rzekomo opóźnił się z wykonaniem przedmiotu umowy tak dalece, że nie było prawdopodobne ukończenie go w terminie umownym, nie jest zgodne z prawdą i to w stopniu oczywistym. Należy zwrócić uwagę, iż zgodnie z zapisami umowy (§2 ust. 1) termin wykonania przedmiotu umowy ustalono do dnia 16.12.2024 r., a więc za ponad dwa lata od dnia złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu. Oczywiście jest, że termin ten był jak najbardziej realny i Wykonawca miał możliwość ukończyć realizację w zakładanym terminie. W istocie wykonawca dysponował czasem, który pozwalał mu z nawiązką zrealizować wszystkie roboty, a tak długi termin (16.12.2024 r.) został określony nie z uwagi na względy technologiczne, lecz finansowanie inwestycji. Co więcej, wykonawca posiadał już zakontraktowanych podwykonawców na wszystkie najistotniejsze zakresy robót i pozostawał gotowy do wykorzystywania w pełnym zakresie frontu robót.

Natomiast za wszelkie negatywne okoliczności związane z kwestią harmonogramu wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, co zostało w sposób kompleksowy przedstawione powyżej – to Zamawiający w całkowicie nieuzasadniony sposób przedłużał okoliczności związane z przekazaniem mu harmonogramu, podnosząc całkowicie bezzasadne zarzuty i uwagi co do jego treści.

Nie zostały spełnione również przesłanki art. 636 k.c., gdyż wykonawca, jak już wskazano powyżej nie wykonywał robót ani wadliwie, ani niezgodnie z umową. Najlepszym dowodem na to jest fakt, iż Zamawiający nigdy nie wezwał wykonawcy do „zmiany sposobu wykonania” robót z wyznaczeniem odpowiedniego terminu, co zresztą zgodnie art. 636 k.c. stanowi warunek konieczny do odstąpienia od umowy. Co więcej, nawet w piśmie z dnia 25 października 2022 r. nie zostały wskazane żadne zarzuty, które wskazywałyby na wadliwie (sprzeczne ze sztuką budowlaną) albo niegodne z umową (sprzeczne z projektem) wykonywanie robót. W piśmie tym Zamawiający przedstawił wprawdzie wiele mniej lub

bardziej niesłusznych zarzutów, jednak żaden z nich nie dotyczy niewłaściwego sposobu wykonywania robót, który mógłby skutkować zastosowaniem art. 636 k.c. W istocie Wykonawca nie posiada wiedzy, jakie (konkretnie) zarzuty Zamawiającego skutkowały powołaniem się na art. 636 k.c.

Przesłanki § 14 ust. 3 pkt 6 umowy również nie zostały spełnione, o czym przesądzają te same względy, które omówiono już powyżej. Wskazać należy, że § 14 ust. 3 pkt 6 umowy (podobnie jak art. 636 k.c.) odnosi się do sposobu wykonywania robót. Dlatego liczne zarzuty Zamawiającego dotyczące HRF, programu naprawczego, czy udziału zarządu w naradach nie mogą uzasadniać zastosowania § 14 ust. 3 pkt 6 umowy, choćby nawet były to zarzuty słuszne. Oczywiście i w tym wypadku wykonawca nie wie, jakie (konkretnie) zarzuty Zamawiającego skutkowały powołaniem się na § 14 ust. 3 pkt 6 umowy. Zresztą nawet gdyby przyjąć za uzasadnione zarzuty dotyczące wykonania robót przy fundamentach (zgłoszone w piśmie z dnia 30 czerwca 2022 r.), to oświadczenie o odstąpieniu jest bezskuteczne już tylko z uwagi na upływ terminu określonego w § 14 ust. 2 umowy.

W konsekwencji oświadczenie Zamawiającego Wykonawca uznał za bezskuteczne. Przesłanki ustawowej podstawy odstąpienia z art. 635 k.c. oraz art. 636 k.c. a także przesłanki umownej podstawy odstąpienia z § 14 ust. 3 pkt 6 umowy nie spełniły się. Wykonawca informował o tym Zamawiającego w treści skierowanych do Zamawiającego pism (m.in. z dnia 25 października 2022 r. oraz zwłaszcza w piśmie z dnia 28 października 2022 r., w którym kompleksowo wykazano bezzasadność odstąpienia), jak również w treści korespondencji e-mail oraz wzajemnych spotkań.

W międzyczasie wpisem do dziennika budowy z dnia 27 października 2022 r. Zamawiający wstrzymał roboty co stanowiło przeszkodę do wykonywania umowy przez Wykonawcę równoznaczną z brakiem wydania placu budowy lub brakiem frontu robót. Taka postawa Zamawiającego stanowiła ponadto przejaw braku koniecznego współdziałania wierzyciela (art. 354 § 2 k.c.). W konsekwencji od dnia 27 października 2022 r. wykonawca nie był w stanie wykonywać robót.

W tym stanie rzeczy Wykonawca na podstawie art. 491 § 1 k.c. oraz 640 k.c. pismem z dnia 28 października 2022 r. poza kompleksowym wykazaniem bezzasadności wypowiedzenia wezwał Zamawiającego do złożenia w terminie do dnia 02 listopada 2022 r. do złożenia oświadczenia, iż wykonawca może kontynuować wstrzymane prace pod rygorem złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Wobec upływu wyznaczonego terminu, mimo wielokrotnego informowania zamawiającego o gotowości do kontynuowania wstrzymanych prac w wiadomościach, które pozostały bez odpowiedzi (vide: m.in. pismo z dnia 26 i 28 października 2022 r., wiadomości e-mail pełnomocnika wykonawcy z dnia 8 listopada 2022 r.), wykonawca uzyskał uprawnienie do odstąpienia od przedmiotowej umowy.

Pismem z dnia 17 listopada 2022 r. Wykonawca, działając na podstawie art. 491 § 1 i art. 4921 k.c. w zw. z § 15 ust. 1 umowy nr RZ.272.2.2022, odstąpił od przedmiotowej umowy z przyczyn, za które odpowiada zamawiający – Miasto Jelenia Góra. W treści pisma Wykonawca w sposób kompleksowy uzasadnił wszelkie podstawy odstąpienia, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający, w szczególności wstrzymanie przez Zamawiającego robót, brak płatności za fakturę VAT nr 01/10/2022 z dnia 4 października 2022 r. (pomimo stosownego uprzedniego wezwania przez Wykonawcę), oświadczenia przez Zamawiającego, że nie spełni swojego świadczenia wynikającego z umowy.

Nadto Odwołujący podniósł, że decyzja Zamawiającego o złożeniu bezskutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r. miała podłoże czysto emocjonalne, a nie merytoryczne. Przedstawione przez Zamawiającego zarzuty, to jedynie pretekst do realizacji celu, jaki sobie postawił, a jakim było zmuszenie wykonawcy do rezygnacji z realizacji tej inwestycji oraz wygenerowanie pozoru istnienia roszczenia o zapłatę kary umownej. Roszczenie to, choć nieistniejące, posłużyło Zamawiającemu do odmowy zapłaty niespornego wynagrodzenia za roboty budowlane i potrącenia z wierzytelnością wykonawcy potwierdzoną porozumieniem z dnia 29 sierpnia 2022 r. (porozumienie w sprawie rozwiązania umowy Nr RZ.272.25.2020 z dnia 7 sierpnia 2020 r. obejmującej wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie zespołu obiektów zabytkowych (budynek główny – A, budynek gospodarczy – B, altana – C) zlokalizowanych w Jeleniej Górze przy Al. Jana Pawła II 18 wraz z zagospodarowaniem terenu w ramach zadania pn.: „Renowacja zabytkowego zespołu pałacowo – parkowego w Jeleniej Górze i jego adaptacja na centrum kultury”).

Umowa nr RZ.272.25.2020 z dnia 7 sierpnia 2020 r. została rozwiązana porozumieniem z dnia 29 sierpnia 2022 r.

Stosownie do zapisów zawartych w § 2 w/w porozumienia strony dokonały inwentaryzacji wykonanych robót potwierdzonych zawartym w dniu 30 września 2022 r. protokołem inwentaryzacji robót w toku wg stanu na dzień 29 sierpnia 2022 r.

Wobec powyższego zgodnie z § 2 ust. 2 porozumienia powód w dniu 4 października 2022 r. wystawił fakturę nr 02/10/2022, którą przesłał pozwanemu e-mailem w dniu 14 października 2022 r. na kwotę 3 207 183,56 zł.

W dniu 30 grudnia 2022 r. powód odebrał oświadczenie o potrąceniu wierzytelności datowane na dzień 22 listopada 2022 r.

W oświadczeniu tym pozwany wyjściowo wskazał, że do zapłaty na rzecz LK Inwest Sp. z o.o. przez Miasto Jelenia Góra pozostaje wymagalna kwota 2 154 761,11 zł wynikająca z faktury 02/10/2022 z dnia 4 października 2022 r. wystawionej z tytułu realizacji zadania pn. „Renowacja zabytkowego zespołu pałacowo parkowego w Jeleniej Górze i jego adaptacja na centrum kultury”.¹

Celem ułatwienia postępowania dowodowego wykonawca pozwem z dnia 2 stycznia 2023 r. dochodził należności w kwocie 2 144 252,49 zł uznanej przez zamawiającego w oświadczeniu o potrąceniu wierzytelności.

Odwołujący nadto wskazał, iż Wykonawca nie zna źródła wyjściowej kwoty wskazanej w oświadczeniu o potrąceniu wierzytelności w kwocie 2.154.761,11 zł, która wg powyższych wyliczeń powinna wynosić 2.172.571,51 zł, a po potrąceniu wymagalnych wierzytelności 2.162.062,89 zł. Nakazem zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 3 lutego 2023 r. Sąd Okręgowy w Legnicy VI Wydział Gospodarczy, sygn. akt VI GNc 44/23 nakazał stronie pozwanej Miastu Jelenia Góra, aby zapłaciła stronie powodowej Lk Inwest Sp. z o.o. kwotę 2 144 252,49 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w transakcjach handlowych od dnia 2 stycznia 2023 r. do dnia zapłaty. Powyższy nakaz zapłaty stanowi podstawę uzyskanego zabezpieczenia w toku postępowania zabezpieczającego prowadzonego przez Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym w Jeleniej Górze Ł. K., sygn. akt GKM 12/23.

Powyższe bezsprzecznie świadczy o tym, iż odstąpienie od umowy nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r. było całkowicie nieuzasadnione i zmierzało wyłącznie do realizacji partykularnych interesów Zamawiającego, podobnie jak wykluczenie LK Inwest sp. z o.o. z niniejszego postępowania oraz odrzucenie oferty złożonej przez LK Inwest sp. z o.o.

3) Uzasadnienie prawne oraz podsumowanie zarzutów nr 2, 3 oraz 4

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.

Natomiast pkt 7 wskazanego przepisu stanowi, że 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.

Nadto wskazał, że w stosunku do LK Inwest sp. z o.o. nie można mówić o zaistnieniu przesłanek umożliwiających wykluczenie z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 ustawy Pzp. Wskazane w treści pisma z dnia 16 lutego 2023 r. przesłanki w stosunku do LK Inwest sp. z o.o. albo w ogóle nie powstały albo też nie nastąpiły z przyczyn leżących po stronie LK Inwest sp. z o.o. lub też nie stanowiły naruszenia przez LK Inwest sp. z o.o. obowiązków zawodowych, a tym bardziej ich naruszenia w sposób zawiniony. Zostało to

kompleksowo wyjaśnione powyżej i brak jest uzasadnienia dla powielenia tej argumentacji. To LK Inwest sp. z o.o. skutecznie odstąpiło od Umowy pismem z dnia 17 listopada 2022 r., a wyłączną odpowiedzialność i winę za ten fakt ponosi Zamawiający. Toteż bezsprzecznie okoliczności określone w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy Pzp na które powołuje się Zamawiający w stosunku do LK Inwest sp. z o.o. nie zachodzą. Treść pisma z dnia 25 października 2022 r. prowadzi do smutnego wniosku, że decyzja Zamawiającego o złożeniu bezskutecznego oświadczenia o odstąpieniu od umowy nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r. miała podłoże czysto emocjonalne, a nie merytoryczne. Trudno oprzeć się wrażeniu, iż przedstawiane przez Zamawiającego zarzuty, to jedynie pretekst do realizacji celu, jaki sobie postawił, a jakim było zmuszenie wykonawcy do rezygnacji z realizacji tej inwestycji oraz wygenerowanie pozoru istnienia roszczenia o zapłatę kary umownej. Roszczenie to, choć nieistniejące, posłużyło Zamawiającemu do odmowy zapłaty niespornego wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane w ramach innej umowy. Podobnie należy potraktować początkowo wezwanie z dnia 25 stycznia 2023 r., a następnie wykluczenie LK Inwest sp. z o.o. oraz odrzucenie oferty, co nastąpiło pismem z dnia 16 lutego 2023 r., które, pomimo świadomości ich bezzasadności, zostały wystosowane przez Zamawiającego celem wykluczenia LK Inwest sp. z o.o. od udziału w niniejszym postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w sytuacji gdy brak jest ku temu podstaw faktycznych oraz prawnych. Z uwagi na fakt, iż w stosunku do LK Inwest sp. z o.o. nie zaszły przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 7 ustawy Pzp odrzucenie oferty złożonej przez LK Inwest sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp było w całości bezpodstawne.

Reasumując Odwołujący podniósł, że czynności Zamawiającego polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum TERMOBUD oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu oferty złożonej przez tego wykonawcę pomimo, zostały przez Zamawiającego dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp

Zamawiający informację o wniesieniu odwołania przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 22 lutego 2023 r. drogą elektroniczną za pośrednictwem Platformy zakupowej Miasta Jelenia Góra.

W dniu 24 lutego 2023 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum TERMOBUD zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 6 marca 2023 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie zwrotu na rzecz

Zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania na podstawie art. 573 ustawy Pzp, którego wykaz zostanie przedstawiony na rozprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego (konsorcjum TERMOBUD) złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu najpierw dokonał oceny ofert i wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a następnie wykonawca, którego oferta zostanie oceniona najwyżej, zobowiązany zostanie do złożenia w terminie wskazanym w wezwaniu, aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń. W tej sytuacji interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowanych w rankingu ofert, gdyż oferty sklasyfikowane na pozostałych pozycjach nie zostały w pełni zweryfikowane przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TERMOBUD A.J. KOWAL Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu oraz Instytut Technologii Konserwacji Zabytków Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu, zwanych dalej „konsorcjum TERMOBUD”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7

ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron i Przystępującego wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania dowody, tj.:

1. Oferta Carbon Group S.A. otrzymana przez LK Inwest sp. z o.o.
2. Kosztorys prac elektrycznych sporządzony na podstawie przedmiaru przy wykorzystaniu programu Norma Pro.
3. Oferta K&K Engineering Sp. z o.o. otrzymana przez LK Inwest sp. z o.o.
4. Oferty prac parkieciarskich.
5. Kosztorys prac budowlanych sporządzonego na podstawie przedmiaru przy wykorzystaniu programu Norma Pro.
6. Oferta na renowację bramy i furtki.
7. Umowa nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r.
8. Wiadomość e-mail z dnia 3 czerwca 2022 r. skierowana przez LK Inwest sp. z o.o. do Zamawiającego.
9. Pismo Zamawiającego z dnia 6 czerwca 2022 r.
10. Pismo Zamawiającego z dnia 10 czerwca 2022 r.
11. Wiadomość e-mail z dnia 13 czerwca 2022 r.
12. Wiadomość e-mail z dnia 15 czerwca 2022 r.
13. Wiadomość e-mail z dnia 20 czerwca 2022 r.
14. Wiadomość e-mail z dnia 21 czerwca 2022 r.
15. Korespondencja e-mail z dnia 27 czerwca 2022 r.
16. Wiadomość e-mail z dnia 4 lipca 2022 r. wraz z załącznikiem w postaci uwag Zamawiającego.
17. Wiadomość e-mail z dnia 13 lipca 2022 r.
18. Pismo zamawiającego z dnia 12 lipca 2022 r.
19. Wiadomość e-mail skierowana do Zamawiającego przez kierownika budowy z dnia 6 lipca 2022 r.
20. Wiadomość e-mail z dnia 23 sierpnia 2022 r.
21. Protokół odbioru robót nr 2 z dnia 3 października 2022 r.
22. Faktura VAT nr 01/10/2022 z dnia 4 października 2022 r.

23. Wezwanie do zapłaty z dnia 8 listopada 2022 r. wraz z wydrukiem wiadomości e-mail z dnia 8 listopada 2022 r.
24. Pozew z dnia 12 grudnia 2022 r.
25. Nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 3 lutego 2023 r.
26. Zawiadomienie o zajęciu wierzytelności z rachunku bankowego w sprawie GKm 13/23.
27. Pismo Zamawiającego z dnia 25 października 2022 r.
28. Pismo LK Inwest sp. z o.o. z dnia 26 października 2022 r.
29. Pismo LK Inwest sp. z o.o. z dnia 28 października 2022 r.
30. Wiadomość e-mail pełnomocnika wykonawcy z dnia 8 listopada 2022 r.
31. Pismo LK Inwest sp. z o.o. z dnia 17 listopada 2022 r.
32. Wiadomość e-mail z dnia 17 listopada 2022 r.
33. Umowa Nr RZ.272.25.2020 z dnia 7 sierpnia 2020 r.
34. Porozumienie w sprawie rozwiązania umowy Nr RZ.272.25.2020 z dnia 7 sierpnia 2020 r.
35. Protokół inwentaryzacji stanu robót z dnia 30 września 2022 r.
36. Oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z dnia 22 listopada 2022 r.
37. Pozew z dnia 2 stycznia 2023 r.
38. Nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym z dnia 3 lutego 2023 r. wydany przez Sąd Okręgowy w Legnicy VI Wydział Gospodarczy, sygn. akt VI GNc 44/23.
39. Zawiadomienie o zajęciu wierzytelności z rachunku bankowego w sprawie GKm 12/23.

Izba dopuściła zawnioskowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie dowody, tj.:

1. Umowa z dnia 16.05.2022 r. nr RZ.272.2.2022r.
2. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy przez Zamawiającego z dnia 25.10.2022 r. wraz z dowodem dostarczenia przesyłki.
3. Omówienie przebiegu robót.
4. Dokumentacja Zamawiającego związana z przebiegiem zatwierdzenia Harmonogramu Finansowo Rzeczowego, w tym okumenty za okres czasu od 03.06.2022 r. do 07.07.2022 r. oraz pisma Zamawiającego z dnia 06.06.2022 w sprawie HRF -10.06.2022 r w sprawie wadliwości HRF -14.06.2022 r w sprawie HRF -20.06.2022 r w sprawie wymogów HRF -2 1.06.2022 r w sprawie HRF -27.06.2022 w sprawie HRF, 04.07.2022 r w sprawie HRF.
5. Pismo Zamawiającego z dnia 30.06.2022 r.
6. Pismo Zamawiającego z dnia 12.07.2022 r. o zatwierdzeniu HRF z uwagami.

7. Dziennik budowy od strony 1 do 22
8. Dokumentacja fotograficzna przedmiotu zamówienia.
9. E-mail Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2022 r.
10. Pismo inspektora nadzoru J. S. z dnia 29.06.2022 r.
11. Pismo Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 11.10.2022 r. w sprawie stwierdzonych naruszeń przez wykonawcę robót prawa budowlanego.
12. Pismo Zamawiającego z dnia 11.08.2022 r w sprawie wydłużenia terminu robót wyburzeniowych.
13. Pismo Zamawiającego z dnia 19.08.2022 r w sprawie naruszeń zasad BHP na terenie budowy.
14. Pismo Zamawiającego z dnia 20.09.2022 r. w sprawie opóźnienia w realizacji robót.
15. Notatka służbowa Zamawiającego z dnia 21.11.2022 r.
16. Oświadczenie Odwołującego z dnia 28.10.2022r. o bezprzedmiotowości odstąpienia przez Zamawiającego od umowy.
17. Pismo Zamawiającego z dnia 02.11.2022 r.
18. Pismo Zamawiającego z dnia 28.11.2022 r.
19. Nota księgową z dnia 28.10.2022 r. obciążającą Odwołującego z tytułu naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy RZ.272..2.2022 z dnia 16.05.2022 r. wraz z dowodem nadania listem poleconym.
20. Oświadczenia Zamawiającego z dnia 22.11.2022 r. o potrąceniu wierzytelności (x3)
21. Wykazanie punktów za cenę ryczałtową, gwarancję za przedmiot zamówienia, doświadczenia kierownika budowy – punktacja ofert.
22. E-mail inspektora nadzoru z dnia 08.10.2022 r. kierowany do Odwołującego.
23. Pismo Odwołującego z dnia 17.11.2022 r. – oświadczenie o odstąpieniu od umowy
24. Pismo Odwołującego z dnia 05.12.2022 r. odsyłające notę księgową.

Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z uwagi na to, że jego przeprowadzenie prowadziłoby do zbędnej zwłoki, a istnieje obiektywna możliwość wydania orzeczenia w przedmiotowej sprawie bez odwoływania się do wiedzy specjalistycznej, w oparciu o inne dowody, w tym przede wszystkim, biorąc pod uwagę dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty wykonawcy

konsorcjum TERMOBUD, pomimo, iż przedmiotowa oferta została odrzucona albowiem zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez wykonawcę konsorcjum TERMOBUD wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (zarzut 1 odwołania) potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wartość szacunkową zamówienia dla Zamawiającego oszacował na kwotę 4 733 291,10 zł netto na podstawie kosztorysów w dniu 27 grudnia 2022 r.

Zamawiający przed otwarciem ofert udostępnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 5 500 000,00 zł.

W postępowaniu złożono 4 oferty, a ich ceny brutto były następujące: cena oferty złożona przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie Castellum Sp. z o.o. – 12 976 500,00 zł; LK Inwest Sp. z o.o. (Odwołującego) – 10 883 040,00 zł ; PRO BUD Waldemar Wasiak – 8 648 000,00 zł i cena oferty złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TERMOBUD A.J. KOWAL Sp. z o.o. oraz Instytut Technologii Konserwacji Zabytków Sp. z o.o. Sp. komandytowa – 3 890 000,00 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 23 stycznia 2023 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę konsorcjum TERMOBUD do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, wnosząc jednocześnie o przedłożenie dowodów (w zakresie wyliczenia ceny) w postaci np. kalkulacji, zestawienia cen itp. oraz udzielenie wyjaśnień, uwzględnionych w wyliczeniu ceny oferty w zakresie wskazanym w wezwaniu.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca konsorcjum TERMOBUD, pismem z dnia 27 stycznia 2023 r., złożył wyjaśnienia oraz oferty „DARMIS” D. M. Usługi Remontowo-Budowlane z siedzibą w Warszawie (wykonanie robót budowlanych) oraz NIKMET M. N. z siedziba w Mielcu (wykonanie przeszła), a także przedmiary załączone do SWZ przez Zamawiającego a także kosztorys ofertowy obejmujący renowację sztukaterii sufitowej i ściennej, renowację dekoracji malarskich oraz wystrój stolarski, zabudowę, obudowy grzejników, schody drewniane wraz z balustradą do renowacji (wartość z kosztorysu 267 444,44 zł brutto).

Zamawiający, pismem z dnia 1 lutego 2023 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, ceny w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Jednocześnie wskazał, że powziął wątpliwości czy w zaoferowanej cenie zostały uwzględnione koszty wykonania prac w zakresie branży sanitarnej oraz branży elektrycznej.

W odpowiedzi na powyższe konsorcjum TERMOBUD, pismem z dnia 3 lutego 2023 r., złożył oferty dwóch firm podwykonawczych, tj. „EMPIS” Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu

(wykonanie robót instalacyjno- sanitarnych) i ELKAKO R. K. z siedzibą w miejscowości Koziamia (wykonanie robót instalacji elektrycznej).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przepis ten nakazuje więc odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak w sytuacji gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Jeśli natomiast cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT Zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie takich wyjaśnień. Celem przeprowadzanego przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego jest bowiem uzyskanie przez Zamawiającego informacji na temat sposobu kalkulacji ceny, które pozwolą mu dopiero dokonać oceny czy zachodzą przesłanki do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska i w konsekwencji będzie skutkować odrzuceniem oferty. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp bowiem stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega także oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W tym stanie faktycznym Zamawiający, wzywając wykonawcę do udzielenia wyjaśnień wskazał, że zaoferowana przez Przystępującego „cena wpisuje się w okoliczności, o których mowa art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. cena całkowita oferty jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia (...) oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”. Tym samym stwierdził, że zaszły obligatoryjne przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający w treści wezwania odwołał się do okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. A ponadto poprzez pogrubienie części wezwania wskazał na „konieczność odniesienia się do okoliczności, o których mowa w pkt 1.4) oraz 1.6) wezwania oraz bezwzględny obowiązek przedłożenia dowodu w zakresie wyliczenia ceny w postaci np. kalkulacji, zestawienie cen itp.”, a więc zażądał odniesienia się do okoliczności dotyczących „zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęto do ustalenia ceny (...)” oraz „zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie”, nadając tym elementom ceny szczególne znaczenie. Oznacza to, że oczekiwał od wykonawcy podania określonych informacji, w tym

także dotyczących szeroko rozumianych kosztów pracy. Zauważyć bowiem należy, że oferta wykonawcy znacznie odbiegała nie tylko od ofert innych wykonawców (średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert), ale także od wartości szacunkowej zamówienia (wynosiła odpowiednio 57,25% i 29,27%).

Wykonawca udzielający wyjaśnień zobowiązany był więc do udzielenia pełnych i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie wskazanym w treści skierowanego do niego wezwania, gdyż to właśnie złożone wyjaśnienia podlegają ocenie Zamawiającego, który zobowiązany jest zbadać czy dany wykonawca wykazał, że cena jego oferty została skalkulowana prawidłowo.

Wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca konsorcjum TERMOBUD złożył ogólne wyjaśnienia i przedstawił oferty podwykonawców, z których – jak wyjaśnił na rozprawie - „nie wszystkie powołują się na pełny zakres, ale ich większość” i obejmują około 85% kosztów całej inwestycji. Odwołał się także do wieloletniego doświadczenia podwykonawców i współpracy z nimi. Niemniej jednak poza ofertami na konkretne branże nie przedstawił oczekiwanych w wezwaniu „kalkulacji”. Zamiast tego przedłożył przedmiary przygotowane przez Zamawiającego i załączone do SWZ. Tymczasem także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, a takie wynagrodzenie zostało przewidziane w tym postępowaniu, można oczekiwać, że wykonawca będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia i w przypadku ewentualnego wezwania go do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty będzie w stanie takie informacje przedstawić. Co więcej wykonawca konsorcjum TERMOBUD nie odniósł się w ogóle do okoliczności, które szczególnie podkreślił Zamawiający w wezwaniu kierowanym do tego wykonawcy, tj. kwestii dotyczących kosztów pracy oraz ich zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Nie przedstawił też żadnych zindywidualizowanych okoliczności właściwych wyłącznie dla niego, które uzasadniałyby zaoferowanie tak niskiej ceny. Takie szczególne okoliczności muszą charakteryzować się bowiem pewną wyjątkowością i muszą być dostępne tylko dla tego wykonawcy. Wieloletnie doświadczenie wykonawcy i podwykonawcy oraz długotrwała współpraca tych podmiotów nie są takimi okolicznościami. Wykonawca zobowiązany jest podać konkretne przykłady, konkretne działania. A ponadto zobowiązany jest je opisać i wskazać jak one wpłynęły na obniżenie ceny oferty. I takich okoliczności wykonawca ten także nie przedstawił.

Dlatego też Izba stwierdziła, iż oferta wykonawcy konsorcjum TERMOBUD powinna zostać odrzucona. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W stanie faktycznym złożone wyjaśnienia, a warte

podkreślenia jest i to, że wykonawca dwukrotnie był wzywany do ich złożenia, nie stanowią uzasadnienia dla ceny zaoferowanej przez konsorcjum TERMOBUD w tym postępowaniu. Zarzut ten więc potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo, iż Odwołujący nie naruszył w sposób zawiniony poważnie obowiązków zawodowych, co rzekomo miałyby podważać uczciwość Odwołującego, w szczególności Odwołujący nie dopuścił się niewykonania zamówienia lub nienależytego wykonania zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa (zarzut 2 odwołania) potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w treści SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia Wykonawców z postępowania:

- 1) „art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. - który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów, (...)”

Odwołujący wraz z ofertą złożył „Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu”, w którym oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, pismem z dnia 25.01.2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień treści oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. W treści wezwania Zamawiający odniósł się tylko do jednej z umów (Umowa nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r.) zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym dotyczącej zadania pn.: „Utworzenie nowoczesnego kompleksu opiekuńczo - mieszkalnego dla osób z niepełnosprawnością i seniorów przy ul. Łazienkowskiej w Jeleniej Górze”.

Pismem z dnia 30.01.2023 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których oświadczył m.in., że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, a złożone do oferty oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp stanowiące dowód wykazujący brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy, złożone w ramach postępowania o udzielenie zamówienia o nr RZ.271.92.2022, jest zgodne ze stanem faktycznym. Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający zna sprawę przebiegu procesu budowlanego, objętego umową nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r., oraz rzeczywiste przyczyny dla których w ocenie Wykonawcy złożone zostało bezskuteczne odstąpienie od umowy (dnia 25.10.2022 r.). Wykonawca w swoim wystąpieniu

wskazał m.in. iż przesłanki ustawowej podstawy odstąpienia z art. 635 k.c. oraz art. 636 k.c. a także przesłanki umownej podstawy odstąpienia z § 14 ust. 3 pkt 6 umowy nie spełniły się, o czym Wykonawca informował Zamawiającego w treści skierowanych do Zamawiającego pism (m.in. z dnia 25 października 2022 r. oraz zwłaszcza w piśmie z dnia 28 października 2022 r., w którym kompleksowo wykazano bezzasadność odstąpienia) - szczegółowe wyjaśnienia Wykonawcy w dokumentach zamówienia.

W dniu 16 lutego 2023 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz odrzuciła jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Odnosząc się do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający m.in. wskazał, że wykonawca podczas realizacji Umowy nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r. bezsprzecznie naruszył zasady obowiązków zawodowych, obowiązków wynikających z umowy, w tym zasady wykonania robót budowlanych oraz prawa budowlanego, co doprowadziło do niewykonania zamówienia. Wykonawca nie wywiązał się ze swoich obowiązków. Przedstawiony w dniu 03.06.2022 r. harmonogram nie odpowiadał bowiem wymaganiom umownym. Ostatecznie, zapisy harmonogramu, zgodnie z umową, zostały zaakceptowane przez Zamawiającego w dniu 12.07.2022 r. co wskazuje, iż już na samym początku realizacji umowy doszło do jej naruszeń przez Wykonawcę.

Ponadto w dniu 28.06.2022 r. Inspektor Nadzoru oraz Przedstawiciel Zamawiającego podczas wizyty na budowie stwierdzili rażące naruszenie zasad wykonania robót budowlanych oraz prawa budowlanego m.in. w zakresie: wykonania robót przy fundamentach bez nadzoru kierownika budowy; wykonania przy „Budynku A” robót ziemnych przy fundamentach poniżej posadowienia ławy fundamentowej, częściowo została podkopana ława fundamentowa, co było niezgodne z technologią robót budowlanych oraz zagrażało statyce budynku; wyburzenia konstrukcji zewnętrznych schodów stalowych bez stosownej decyzji pozwolenia na budowę lub decyzji pozwolenia na rozbiórkę. Jednocześnie Wykonawca dokonał zaboru tych schodów bez uzgodnień z Zamawiającym. Kolejnym naruszeniem obowiązków zawodowych Wykonawcy, co podważa jego uczciwość było dokonanie wpisu do dziennika budowy przez kierownika budowy, w dniu 04.07.2022 r., iż Wykonawca dokonał demontażu schodów zewnętrznych przy „Budynku A”. Takie działanie wskazywało na dokonanie wpisu po upływie tygodnia od faktycznego wykonania demontażu schodów. Następnie w dniu 04.08.2022 r. Inspektor nadzoru wpisem do dziennika budowy stwierdził brak planu BIOZ. W trakcie kontroli na terenie budowy, Inspektor nadzoru stwierdził również nieprawidłowości w zakresie zasad BHP (m.in. brak wyznaczenia stref niebezpiecznych przy robotach na dachu, brak kompletnych oświadczeń o badaniach i szkoleniach pracowników, brak odzieży ochronnej pracowników), co zostało potwierdzone wpisem do dziennika budowy. Działania Wykonawcy sprzeczne z obowiązującymi

przepisami prawa zostały potwierdzone również w dniu 11.10.2022 r. przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego Powiatu Grodzkiego Jelenia Góra, który pisemnie potwierdził, że dokonanie demontażu schodów na terenie nieobjętym pozwoleniem na budowę lub zgłoszeniem.

Okoliczności te doprowadziły do odstąpienia do umowy z winy Wykonawcy. W omawianym przypadku, zgodnie z orzecznictwem „wina” Wykonawcy może być kwalifikowana jako umyślna (Wykonawca specjalnie wywołuje określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność). Zamawiający stwierdza, iż Wykonawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swojego zachowania przez co przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia jakichkolwiek skutków swoich działań, a powinien być świadomy ich konsekwencji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów”.

Przepis ten nie definiuje przy tym naruszenia obowiązków zawodowych. Wobec czego jego interpretacja powinna być dokonywana zgodnie z regułami prowspólnotowej wykładni.

Art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi bowiem implementację art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy klasycznej, który umożliwia wykluczenie wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosowanych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość. Podstawa ta ma na celu umożliwienie instytucji zamawiającej ocenę uczciwości i rzetelności każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Naruszenie obowiązków zawodowych musi być zawinione i poważne. Zwykle naruszenie obowiązków zawodowych jest zawinione i poważne, jeżeli zachowanie danego wykonawcy wykazuje zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Wagę niedbalstwa należy odnosić zarówno do postawy danego wykonawcy, jak i obiektywnych skutków naruszenia oraz jego wpływu na utratę zaufania do danego wykonawcy. Przykładem takiego naruszenia może być niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę wynikające z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Wykluczenie na tej podstawie nie może mieć przy tym charakteru automatycznego. Zawsze należy ocenić rozmiar i powagę naruszenia oraz stopień

zawinienia Tak więc jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazywać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, nawet w przypadku naliczenia kar umownych czy odstąpienia od umowy. Stąd stwierdzenie istnienia zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny wcześniejszego zamówienia publicznego.

Podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp było naruszenie „zasady obowiązków zawodowych, obowiązków wynikających z umowy, w tym zasady wykonywania robót budowlanych oraz prawa budowlanego, co doprowadziło do niewykonania umowy”. Świadczyć o tym miały kwestie związane z opracowaniem harmonogramu rzeczowo – finansowego, stwierdzone przez inspektora nadzoru „rażące naruszenia zasad wykonywania robót budowlanych oraz prawa budowlanego polegające na:

- wykonywaniu roboty przy fundamentach bez nadzoru kierownika budowy,
- wykonanie robót przy fundamentach poniżej posadowienia ławy fundamentowej, częściowo podkopana ława fundamentowa, co jest niezgodne z technologią robót budowlanych oraz zagraża statyce i bezpieczeństwu budynku,
- wyburzenie konstrukcji zewnętrznych schodów stalowych przez wykonawcę bez stosownej decyzji pozwolenia na budowę lub decyzji pozwolenia na rozbiórkę oraz dokonał zaboru tych schodów bez uzgodnień z Zamawiającym”,

a także demontaż schodów, braki planu BIOZ oraz nieprawidłowości w zakresie zasad BHP.

Wobec powyższego należało ustalić charakter wskazanych naruszeń, gdyż – jak już wyżej wskazano – niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie można automatycznie traktować jako przesłanki wykluczenia, koniecznym pozostaje wykazanie, że jest ono skutkiem zawinionego działania wykonawcy, w szczególności zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa oraz, że ma charakter poważnego naruszenia.

Zatwierdzenie harmonogramu rzeczowo finansowego, co jest bezsporne, nastąpiło po upływie terminu, w którym miał on być opracowany. Niemniej jednak, co także jest bezsporne, harmonogram został złożony Zamawiającemu w dniu 3 czerwca 2022 r. a więc z zachowaniem tego terminu – terminu przewidzianego w § 1 ust. 6 umowy nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r., tj. „nie dłuższym niż 20 dni od daty zawarcia umowy”. Harmonogram został zatwierdzony przez Zamawiającego w dniu 12 lipca 2022 r. w wersji „z dnia 07.07.2022 r. w części dla Budynku nr 1” z zastrzeżeniem, że „część harmonogramu, dotycząca Budynku nr A, ze względu na fakt, że dokumentacja projektowa będzie opracowana do 16.01.2023 r. jest traktowana przez Zamawiającego orientacyjnie. Szczegółowy harmonogram dla Budynku nr A wykonawca przedstawi do zatwierdzenia (...)

w terminie 20 dni od daty uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę”. Oznacza to, że doszło do przekroczenia terminu złożenia harmonogramu zgodnego z nigdzie wprost niewyartykułowanymi oczekiwaniami Zamawiającego. W tym czasie trwała korespondencja pomiędzy stronami umowy a wykonawca dokonywał kolejnych zmian harmonogramu w sposób zgodny z propozycjami i oczekiwaniami Zamawiającego, uwzględniając zgłaszane uwagi, korygując harmonogram a tym samym wychodząc naprzeciw Zamawiającemu.

Kolejne kwestie wskazane przez Zamawiającego, tj. wykonywanie roboty przy fundamentach bez nadzoru kierownika budowy oraz wykonanie robót przy fundamentach poniżej posadowienia ławy fundamentowej, częściowo podkopana ława fundamentowa, co jest niezgodne z technologią robót budowlanych oraz zagraża statyce i bezpieczeństwu budynku nie powinny mieć miejsca. Niemniej jednak wykonawca wyjaśnił, że mimo braku na budowie w tym czasie kierownika budowy to prace dotyczące robót odkrywkowych fundamentów były prowadzone dodatkowo w obecności pracownika podwykonawcy, który posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń i na polecenie kierownika budowy. Dokonane odkrywki zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną, a ich głębokość nie stanowiła zagrożenia dla statyki obiektu. Nie było tam także ryzyka dla konstrukcji. Pomimo tego na polecenie Inspektora nadzoru odkrywki zostały uzupełnione, zgodnie z jego zaleceniem, zagęszczonym kruszywem w ciągu 1 dnia od wezwania. Można więc dopatrzeć się uchybień. Nie można natomiast stwierdzić, że są one poważne. Mimo, że były one – w ocenie Inspektora nadzoru – wykonane nieprawidłowo to zostały przez wykonawcę natychmiast usunięte. Nie mogą być więc niejako automatycznie uznane za poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Naruszeniem zarówno przepisów prawa, jak i obowiązków zawodowych będzie niewątpliwie wyburzenie konstrukcji schodów zewnętrznych. Jednak i w tym przypadku nie można zastosować automatyzmu w stwierdzeniu, że doszło do poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. I w tym przypadku należało to skrupulatnie wyjaśnić przed zastosowaniem tak daleko idącej w skutkach przesłanki wykluczenia z postępowania. Istotne jest, że wyburzenie schodów - jak wyjaśnił wykonawca - było konieczne ze względu na zapewnienie bezpieczeństwa. Jak wynika z wpisu do dziennika budowy kierownika budowy z dnia 04.07.2022 r. schody nie były połączone z budynkiem, jednak ich stan degradacji stanowił zagrożenie dla osób prowadzących prace w ich pobliżu. Ich rozbiórka – jak wynika z pisma Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 11.10.2022 r. – wymagała uzyskania decyzji pozwolenia na rozbiórkę a jedynie w przypadku bezpośredniego zagrożenia ludzi lub mienia można było przystąpić do rozbiórki, jednak nie zwalniało to z obowiązku bezzwłocznego uzyskania decyzji pozwolenia na rozbiórkę. Tak więc naruszenie miało miejsce, natomiast skutek jaki nastąpił w tym postępowaniu jest niewspółmierny do zaistniałej nieprawidłowości.

Także wskazywane przez Zamawiającego braki planu BIOZ, nieprawidłowości w zakresie zasad BHP czy też stwierdzona w danym dniu nieobecność kierownika budowy były na bieżąco niezwłocznie usuwane. Wobec czego stwierdzić należy, że ich zaistnienia nie można także utożsamiać z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych.

W oparciu o powyższe nie można uznać, że doszło do zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych przez wykonawcę. Nieuprawnionym – w ocenie Izby – jest stwierdzenie, że „wykonawca specjalnie wywołuje określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie”, jak również, że stwierdzone przez Zamawiającego działania są wynikiem lekkomyślności i niedbalstwa wykonawcy. W trakcie realizacji niemal każdej umowy dochodzi do mniejszych lub większych niezgodności czy też nieprawidłowości. Nie każde stanowi przy tym poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo, iż w stosunku do Odwołującego nie doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego 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 (zarzut 3 odwołania) potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w treści SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia Wykonawców z postępowania:

2) (...),

3) art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp - który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwanie 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”.

Odwołujący wraz z ofertą złożył „Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu”, w którym oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek o których mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, pismem z dnia 25.01.2023 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień treści oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. W treści wezwania Zamawiający odniósł się tylko do jednej z

umów (Umowa nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r.) zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym dotyczącej zadania pn.: „Utworzenie nowoczesnego kompleksu opiekuńczo - mieszkalnego dla osób z niepełnosprawnością i seniorów przy ul. Łazienkowskiej w Jeleniej Górze”.

Pismem z dnia 30.01.2023 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których oświadczył m.in., że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, a złożone do oferty oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp stanowiące dowód wykazujący brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy, złożone w ramach postępowania o udzielenie zamówienia o nr RZ.271.92.2022, jest zgodne ze stanem faktycznym. Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający zna sprawę przebiegu procesu budowlanego, objętego umową nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r., oraz rzeczywiste przyczyny dla których w ocenie Wykonawcy złożone zostało bezskuteczne odstąpienie od umowy (dnia 25.10.2022 r.). Wykonawca w swoim wystąpieniu wskazał m.in. iż przesłanki ustawowej podstawy odstąpienia z art. 635 k.c. oraz art. 636 k.c. a także przesłanki umownej podstawy odstąpienia z § 14 ust. 3 pkt 6 umowy nie spełniły się, o czym Wykonawca informował Zamawiającego w treści skierowanych do Zamawiającego pism (m.in. z dnia 25 października 2022 r. oraz zwłaszcza w piśmie z dnia 28 października 2022 r., w którym kompleksowo wykazano bezzasadność odstąpienia) - szczegółowe wyjaśnienia Wykonawcy w dokumentach zamówienia.

W dniu 16 lutego 2023 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz odrzuciła jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Odnosząc się do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp Zamawiający wskazał m.in., że w zakresie realizacji wcześniejszej umowy (tj. umowy RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r.) doszło do spełnienia wszystkich przesłanek wynikających z przytoczonego artykułu, tj. Wykonawca:

1. z przyczyn leżących po jego stronie,
2. w znacznym stopniu lub zakresie,
3. nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał,
4. istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło
5. do odstąpienia od umowy.

Działania podejmowane przez Odwołującego wywołały konkretną reakcję Zamawiającego i skutek prawny w postaci odstąpienia od Umowy nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r. z jego winy. Zamawiający niejednokrotnie zwracał uwagę Wykonawcy na sposób realizacji przedsięwzięcia zgodnie z przepisami prawa, jednak ten podejmował inne działania, które na każdym etapie procesu inwestycyjnego mogłyby zagrażać terminowemu oddaniu inwestycji (co zostało potwierdzone przez Inspektora nadzoru). Postępowanie

Wykonawcy oraz naruszenie przez niego postanowień umowy, mogło spowodować szkodę Zamawiającego powodującą utratę dofinansowania środków zewnętrznych na przedmiotową inwestycję. Miasto Jelenia Góra otrzymało Promesę w wysokości 5 000 000,00 PLN w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych na zadanie pn: „Utworzenie nowoczesnego kompleksu opiekuńczo - mieszkalnego dla osób z niepełnosprawnością i seniorów przy ul. Łazienkowskiej w Jeleniej Górze”. Po odstąpieniu od umowy, Miasto musiało podjąć niezwłoczne kroki związane z: koniecznością zabezpieczenia inwestycji w okresie przejściowym do wyboru kolejnego Wykonawcy, utrzymaniem ważności Promesy oraz ponownym przeprowadzeniem postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W myśl art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wykluczeniu podlega wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji lub wykonał tę umowę nienależycie w istotnym stopniu lub zakresie, lub też długotrwale nienależycie ją wykonywał, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnienia z tytułu rękojmi za wady.

Przepis ten opiera się na art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, który to przepis upoważnia Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Ustawodawca unijny w motywie 101 preambuły do dyrektywy klasycznej zamieścił także wskazówki dotyczące stosowania ww. podstawy wykluczenia, wskazując, że instytucje zamawiające „powinny także mieć możliwość wykluczenia kandydatów lub oferentów, którzy przy wykonywaniu wcześniejszych zamówień publicznych wykazali poważne braki w odniesieniu do spełnienia istotnych wymogów; było to np. niedostarczenie produktu lub niewykonanie zamówienia, znaczące wady dostarczonego produktu lub świadczonej usługi, które spowodowały ich niezdatność do użytku zgodnie z przeznaczeniem, lub niewłaściwe zachowanie poddające w poważną wątpliwość wiarygodność wykonawcy”.

Dla zastosowania sankcji wykluczenia z postępowania wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp konieczne jest zatem stwierdzenie kumulatywnego zaistnienia przesłanek enumeratywnie wymienionych w tym przepisie. Wykluczeniu z postępowania podlega więc wykonawca, który:

- 1) w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał swoje zobowiązanie umowne, albo
 - długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie umowne,
 - zobowiązania wykonawcy wynikały z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 2) niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po jego stronie wykonawcy,
- 3) skutkiem nienależytego wykonania lub nienależytego wykonywania obowiązków umownych było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Niewątpliwym jest, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie, w tym stanie faktycznym, dotyczy wcześniej zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a mianowicie umowy zawartej z tym Zamawiającym a więc Zamawiającym, który obecnie prowadzi postępowanie, w którym Odwołujący został wykluczony na podstawie wskazanego wyżej przepisu. Umowa nr RZ.272.2.2022, która legła u podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania, została zawarta pomiędzy tym Zamawiającym a Odwołującym w dniu 16 maja 2022 r., a jej przedmiotem – zgodnie z treścią zawartej umowy (§ 1 ust. 1) - było „wykonanie przedmiotu umowy składającego się z:

- 1) Robót budowlanych:
 - a) dotyczących przebudowy obiektu oznaczonego „Budynek 1” na Dom dziennego Pobytu – „Senior +” na podstawie dokumentacji projektowej,
 - b) dotyczących przebudowy obiektu oznaczonego „Budynek A” w formule „zaprojektuj i wybuduj” na Centrum Opiekuńczo - mieszkalne na podstawie Programu Funkcjonalno-Użytkowego (...)
- 2) Dostawy i montażu wyposażenia „Budyńku 1” i „Budyńku A” w sprzęt niezbędny do funkcjonowania obiektów o charakterze docelowym”

Termin realizacji przedmiotowej umowy określono w § 2 umowy „do 31 miesięcy licząc od daty zawarcia niniejszej umowy, tj. do dnia 16.12.2024 r.”.

„Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn leżących po stronie wykonawcy” - jak wynika z dotychczasowego piśmiennictwa i orzecznictwa - 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. Jest to – jak wydaje się - rzecz oczywista i w zasadzie bezsporna. Jednak nie każde nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części daje podstawę do wykluczenia. Wobec powyższego należało ustalić, mając na uwadze treść art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, stopień niewykonania lub nienależytego wykonania tejże umowy.

Umowa nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r., będąca podstawą decyzji Zamawiającego, nie została wykonana w całości, gdyż w dniu 25 października 2022 r. zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. W tej samej dacie stosowny wpis (wpis o wstrzymaniu robót budowlanych) Inspektor nadzoru zamieścił w dzienniku budowy.

Niewątpliwym jest, że terminy pośrednie wykonania określonych robót zawarte są na ogół w harmonogramie rzeczowo finansowym. To wykonawca sporządza projekt harmonogramu przystępując do realizacji robót, a inwestor (zamawiający) wnosi doń uwagi bądź też akceptuje bez zastrzeżeń. Umowa nr RZ.272.2.2022 z dnia 16 maja 2022 r. w § 2 regulowała „termin wykonania zamówienia, tj. przedmiotu umowy ustala się do 31 miesięcy licząc od daty zawarcia niniejszej umowy, tj. do dnia 16.12.2024 r. (...) przy uwzględnieniu, iż:

1. W terminie do 8 miesięcy licząc od daty zawarcia niniejszej umowy, tj. do dnia 16.01.2023 r. Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć dokumentację projektową w zakresie „Budynku A” wraz z decyzją pozwolenia na budowę (...).
2. Wykonawca zobowiązany jest co najmniej 7 dni przed terminem wskazanym w ust. 1 zdaniu 1, tj. do dnia 01.12.2024 r. zakończyć wykonanie przedmiotu umowy i dokonać zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego (...).

Wskazywała więc wyłącznie na trzy istotne terminy a mianowicie: przedłożenia dokumentacji projektowej (do dnia 16.01.2023 r.), zgłoszenia odbioru końcowego (do dnia 01.12.2024 r.) i wykonania przedmiotu zamówienia (do dnia 16.12.2024 r.). Ta te terminy determinowały wszystkie działania stron umowy.

Jednocześnie wskazana umowa stanowiła, że „realizacja przedmiotu zamówienia prowadzona będzie zgodnie z harmonogramem rzeczowo – finansowym oraz obowiązującymi przepisami, normami i zasadami wiedzy technicznej oraz należyłą starannością” (§ 1 ust. 5), a także że „Harmonogram, o którym mowa w ust. 5 wykonawca opracuje z uwzględnieniem zapisów § 7 i złoży w terminie nie dłuższym niż 20 dni od daty zawarcia umowy” (§ 1 ust. 6). Tak więc poza terminami, które wprost wynikały z umowy miał zostać opracowany harmonogram rzeczowo – finansowy, który miał uwzględniać zapisy § 7, tj. zapisy dotyczące rozliczeń pomiędzy stronami umowy. § 7 określał np. płatności faktur częściowych, które miały być wystawiane za wykonane i odebrane elementy zgodnie z harmonogramem rzeczowo finansowym oraz dotyczył terminów i sposobu płatności. Nie określał przy tym w żaden sposób

stopnia szczegółowości opracowywanego harmonogramu oraz elementów, które miałyby być w nim zawarte. Twierdzenia Zamawiającego, że „harmonogram nie odpowiada wymogom umownym” jest nieuprawnione. Zapisy umowy w tym zakresie odnoszą się jedynie, jak już wyżej wskazano, do rozliczeń w oparciu o faktury częściowe i fakturę końcową, wskazując że faktury częściowe będą wystawiane „nie częściej niż raz w miesiącu do osiągnięcia

zakresu wydzielonego Etapu 1”, natomiast pozostała kwota zostanie zapłacona w dwóch transzach w sposób wskazany w treści tego paragrafu. Harmonogram ten – jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 6 czerwca 2022 r. - miał więc określać „zakresy i etapy finansowania zgodnie z zapisami umowy” i „służyć, głównie do określenia zaawansowania robót i wyliczania kwot w protokołach odbioru a następnie do wystawiania faktur przez wykonawcę”. Co więcej Zamawiający podkreślał „konieczność opracowania harmonogramu z podziałem na możliwie dużą ilość etapów” (pismo z dnia 10 czerwca 2022 r.). Harmonogram rzeczowo - finansowy został złożony przez wykonawcę w dniu 3 czerwca 2022 r. a zatwierdzony przez Zamawiającego w dniu 12 lipca 2022 r. w wersji „z dnia 07.07.2022 r. w części dla Budynku nr 1”. Natomiast „część harmonogramu, dotycząca Budynku nr A, ze względu na fakt, że dokumentacja projektowa będzie opracowana do 16.01.2023 r. jest traktowana przez Zamawiającego orientacyjnie. Szczegółowy harmonogram dla Budynku nr A wykonawca przedstawi do zatwierdzenia (...) w terminie 20 dni od daty uzyskania prawomocnego pozwolenia na budowę”. W czasie pomiędzy złożeniem harmonogramu a jego zaakceptowaniem w określonym wyżej zakresie trwała korespondencja pomiędzy stronami umowy. W tym czasie wykonawca dokonywał zmian (rozbicia harmonogramu na bardziej szczegółowe pozycje) zgodnie z propozycjami, żądaniami i oczekiwaniami Zamawiającego, które – wbrew twierdzeniom Zamawiającego - nie wynikały z treści umowy (§ ust. 5 i 6 oraz § 7). Nigdzie nie wskazano bowiem stopnia szczegółowości opracowywanego harmonogramu a jedynie określono sposób rozliczania robót częściowych. Trudno więc podać jednoznaczne zapisy, które wymagany przez Zamawiającego „stopień szczegółowości” określają. Mimo tego wykonawca wychodził naprzeciw oczekiwań Zamawiającego i dokonywał korekt przygotowanego harmonogramu w zakresie zgłaszanym przez zamawiającego. W konsekwencji powyższego harmonogram rzeczowo - finansowy został przez Zamawiającego zatwierdzony w skorygowanym zakresie.

Harmonogram ten – jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 25 października 2022 r., będącym odstępieniem od umowy – stanowił podstawę do stwierdzenia opóźnienia w realizacji umowy. Działania wykonawcy na ówczesnym etapie realizacji umowy spowodowały bowiem jak podniósł Zamawiający „uzasadnione obawy co do realizacji umowy w zakładanym terminie”. Zauważyć przy tym należy, że umowa miała być wykonana „do dnia 16.12.2024 r.” a opóźnienia w realizacji harmonogramu, na które Zamawiający się powołuje, nie zostały w nim wyartykułowane. Mowa jest o tym, że „realizacja zadania nie przebiega zgodnie z zapisami umowy”, gdyż „nie rozpoczęto robót budowlanych” (odwołanie do pisma z dnia 11 sierpnia 2022 r.). Istnieje „niezgodność prowadzonych robót z zapisami harmonogramu” (pismo z dnia 20 września 2022 r.) a także występują „opóźnienia w realizacji harmonogramu” (wpis do Dziennika budowy z dnia 7 października 2022 r.). Niemniej jednak samo opóźnienie w stosunku do harmonogramu nie stanowi samo przez się

przyjęcia domniemania, że obiekt nie zostanie ukończony w umówionym terminie. To Zamawiający musi udowodnić, że nastąpiło opóźnienie wykonawcy i, że jest ono tak znaczne, że zakończenie całej umowy w określonym w umowie terminie („do dnia 16.12.2024 r.”) nie jest prawdopodobne. Warto tu podkreślić, że umowę zawarto w dniu „16.05.2022 r.” a oświadczenie o odstąpieniu od umowy Zamawiający złożył w dniu 25.10.2022 r. Umowa była więc wykonywana niewiele ponad 5 miesięcy.

Tymczasem Zamawiający już w sierpniu 2022 r. zapowiadał „możliwość odstąpienia od umowy” „w razie zaistnienia po raz kolejny nieuzasadnionej przerwy w realizacji zadania”. Podnieść przy tym należy, że wstrzymanie robót – zgodnie z dziennikiem budowy – nastąpiło w dniu 19.08.2022 r. z uwagi na niekompletność BIOZ, w dniu 06.09.2022 r. i 07.10.2022 r. z uwagi na brak na budowie kierownika budowy. Kwestie te (związane z BIOZ, BHP i nieobecnością kierownika budowy na budowie) były na bieżąco rozwiązywane i niezwłocznie przez wykonawcę usuwane. Świadczą o tym kolejne wpisy do dziennika budowy.

Należy także podkreślić, że we wrześniu i październiku 2022 r. zintensyfikowano prace na budowie, w konsekwencji czego w dniach 04, 05, 06.10.2022 r. oraz w dniach: 10.10.2022 r. i 19, 20, 21, 24.10.2022 r. zgłoszono prace do odbioru. Wykonawca reagował więc na zalecenia Inspektora nadzoru. Niemniej jednak Inspektor nadzoru, dokonując odbioru robót w dniu 25.10.2022 r., wpisał m.in. „znikomy postęp robót, harmonogram prac nie jest realizowany, opóźnienia w realizacji prac (...) ściany nie są zabezpieczone przed przemarzaniem fundamentów (...)”. Konsekwencją m.in. powyższego było złożone przez Zamawiającego oświadczenie z dnia 25.10.2022 r. o odstąpieniu od umowy, w którym także odwołano się do przedmiotowego harmonogramu.

Istnienie harmonogramu, w stosunku do którego nastąpiło opóźnienie nie jest wystarczającą przesłanką skorzystania z art. 635 k.c. tu także Zamawiający jest bowiem zobowiązany wykazać, że wykonawca nie zdołałby ukończyć obiektu w terminie. Harmonogram przesądza jedynie o istnieniu opóźnienia. Zamawiający musi więc wykazać, że ukończenie obiektu (wykonania robót budowlanych) nie byłoby możliwe. „W warunkach dokonania odstąpienia – na datę złożenia oświadczenia przez inwestora – będziemy mieć do czynienia *de facto* z pewną hipotezą, która będzie podlegała ocenie stosownie do okoliczności istniejących na datę złożenia oświadczenia. Problem jest o tyle istotny, że wykonawca zawsze ma możliwość zwiększenia natężenia tempa robót (...)” (J. Bieluk, Umowa o roboty budowlane w kodeksie cywilnym i prawie zamówień publicznych, Warszawa 2018, s. 317).

W tym stanie faktycznym sytuacja taka również miała miejsce. Wykonawca nie zgodził się z decyzją Zamawiającego, wskazując na brak podstaw do odstąpienia od umowy i, wzywając Zamawiającego do umożliwienia prowadzenia dalszych prac (wpis do dziennika budowy z dnia 27.10.2022 r.), oraz zgłaszając gotowość do kontynuowania prac do czasu

ewentualnego odstąpienia od umowy przez wykonawcę (wpis do dziennika budowy z dnia 02.11.2022 r.). Wykonawca dodał, że zawarł umowę kredytową i „jest gotowy do wykonania umowy i ma nadzieję, że będzie to możliwe, tym bardziej wobec zakontraktowania podwykonawców, dostawców materiałów oraz pozyskania finansowania na realizację tej konkretnie inwestycji” (pismo wykonawcy z dnia 28.10.2022 r.). Przedstawił więc gotowość dalszego wykonywania robót i posiadania w tym celu zakontraktowanych zasobów osobowych i finansowych. Odwołujący również na rozprawie oświadczył, że nadal jest możliwe terminowe wykonanie przedmiotowej umowy, dodając jednocześnie, że złożone przez niego oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 17.02.2022 r. jest wynikiem braku współdziałania Zamawiającego i wstrzymania przez niego robót objętych umową. Podstawowym obowiązkiem obu stron umowy jest współpraca, a tej – wydaje się – że zabrakło. Złożone przez Odwołującego oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 17.11.2022 r. jest wynikiem braku współdziałania Zamawiającego i wstrzymania robót objętych umową.

Tymczasem w przypadku dużych robót budowlanych ściśle zachowanie terminu nie zawsze jest możliwe, co oznacza, że opóźnienia w wykonaniu poszczególnych elementów prac będzie skutkowało nieterminowym wykonaniem przedmiotu umowy.

Spośród kwestii jakie pojawiły się podczas wykonywania przedmiotu umowy, a które stały się następnie podstawą odstąpienia od umowy (wskazano na nie w treści oświadczenia o odstąpieniu od umowy) i były stwierdzone przez Zamawiającego „rażące naruszenia zasad wykonywania robót budowlanych oraz prawa budowlanego polegające na:

- wykonywaniu roboty przy fundamentach bez nadzoru kierownika budowy,
- wykonanie robót przy fundamentach poniżej posadowienia ławy fundamentowej, częściowo podkopana ława fundamentowa, co jest niezgodne z technologią robót budowlanych oraz zagraża statyce i bezpieczeństwu budynku,
- wyburzenie konstrukcji zewnętrznych schodów stalowych przez wykonawcę bez stosownej decyzji pozwolenia na budowę lub decyzji pozwolenia na rozbiórkę oraz dokonał zaboru tych schodów bez uzgodnień z Zamawiającym”.

Kwestie dotyczące wykonywania robót przy fundamentach bez nadzoru kierownika budowy oraz wykonania robót przy fundamentach poniżej posadowienia ławy fundamentowej, częściowo podkopanej ławy fundamentowej, stanowią niewątpliwie jeden z elementów całego procesu budowlanego, który nie powinien się zdarzyć. W tym zakresie wykonawca wyjaśnił, że mimo braku na budowie w tym czasie kierownika budowy prace dotyczące robót odkrywkowych fundamentów były prowadzone dodatkowo w obecności pracownika podwykonawcy, który także posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń i wykonywał je na polecenie kierownika budowy. Dokonane odkrywki zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną, a ich głębokość nie stanowiła

zagrożenia dla statyki obiektu. Nie było więc ryzyka dla konstrukcji budynku. Pomimo tego na polecenie Inspektora nadzoru odkrywki zostały uzupełnione zagęszczonym kruszywem w ciągu 1 dnia od wezwania. Uchybienie zostało więc niezwłocznie usunięte.

Natomiast wyburzenie konstrukcji schodów zewnętrznych – jak także wyjaśnił wykonawca - było konieczne ze względu na zapewnienie bezpieczeństwa, zgodnie z wpisem do dziennika budowy kierownika budowy z dnia 04.07.2022 r., schody nie były połączone z budynkiem A, a ich stan degradacji stanowił zagrożenie dla osób prowadzących prace w ich pobliżu. Niemniej jednak ich rozbiórka – jak wynika z pisma Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 11.10.2022 r. – wymagała uzyskania decyzji pozwolenia na rozbiórkę a jedynie w przypadku bezpośredniego zagrożenia ludzi lub mienia można było przystąpić do rozbiórki, jednak nie zwalniało to wykonawcy z obowiązku bezzwłocznego uzyskania decyzji pozwolenia na rozbiórkę. Stanowi to niewątpliwie naruszenie przepisów prawa. Jednak skutek jaki nastąpił w tym postępowaniu (wobec naruszenia nie związanego z przedmiotem umowy) jest niewspółmierny do zaistniałej nieprawidłowości.

Także wskazywane przez Zamawiającego braki planu BIOZ, nieprawidłowości w zakresie zasad BHP czy też stwierdzona w danym dniu nieobecność kierownika budowy były na bieżąco i niezwłocznie usuwane.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że roboty, pomimo wskazanych wyżej uchybień, były realizowane zgodnie ze sztuką budowlaną (w tym zakresie innych uwag nie zgłaszano) i zgodnie z zaleceniami Zamawiającego. Uchybienia były, jednakże skutek jaki nastąpił, jest do nich niewspółmierny.

Tak więc dokonując oceny stopnia niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania należy ustalić czy stopień ten jest wystarczająco „znaczący”, należy wziąć pod uwagę zarówno kryteria jakościowe, w tym przypadku zakres niewykonanych prac, w odniesieniu do wymaganej staranności lub stopnia wadliwości dostarczonego produktu, świadczonej usługi lub wykonanego obiektu budowlanego, jak i ilościowe, biorąc pod uwagę zakres niewykonanych lub nienależyte wykonanych świadczeń oraz rozmiar wynikłych stąd szkód. W tym przypadku stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest niewielki. Elementy wskazane w odstąpieniu od umowy w znakomitej większości odnoszą się do nieprawidłowości dotyczących dokumentów związanych z budową (np. harmonogram, plan BIOZ), w tym procesie ich uzgodnień, uchybień związanych z BHP, które są zawsze bardzo ważne (chodzi przecież o bezpieczeństwo), a które po ich ujawnieniu niezwłocznie zostały usunięte. Natomiast zakwestionowane roboty przy fundamentach i nieuprawniona rozbiórka schodów nie stanowią tak znacznego nienależytego wykonania umowy w kontekście całego przedmiotu zamówienia, które miałyby uzasadniać odstąpienie od umowy.

Wykonawca, co także jest bezsporne, był wzywany poprzez wpisy do dziennika budowy i pisma Zamawiającego do realizowania umowy zgodnie z harmonogramem i

reagowania na ujawnione uchybienia. Jednakże z treści pism Zamawiającego dotyczących odstąpienia od umowy i wykluczenia wykonawcy z postępowania nie wynika, że doszło do znacznego niewykonania czy też nienależytego wykonania umowy, które uzasadniałoby decyzję o odstąpieniu od umowy. Brak jest także jakiegokolwiek jednoznacznego odniesienia do powoływanego harmonogramu rzeczowo - finansowego, mimo iż przypisywana jest mu tak ogromna rola. Nie przedłożono nawet tego harmonogramu, nie odniesiono się do jego treści.

Dokonując oceny realizacji umowy należy także wskazać na poziom zaawansowania prac. Poziom procentowego zaangażowanie prac wyniósł – jak wskazał Zamawiający - 31% w okresie od czerwca do października 2022 r. W tym czasie, tj. od września 2022 r. powinny być już realizowane roboty murowe i posadzkowe a od października 2022 r. powinno być rozpoczęte wykonanie instalacji kanalizacji deszczowej. Mimo wskazania tych okoliczności i w tym przypadku nie przedstawiono dowodów je potwierdzających.

Podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Zamawiający musi jednak wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W ocenie Izby Zamawiający temu obowiązkowi nie sprostał. Zamawiający dla ziszczenia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp musi wykazać, że wskazane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Należy bowiem podkreślić, że powody, dla których wykonawca nie wykonuje lub nienależyte wykonuje umowę, mogą wynikać z różnych okoliczności, w tym również okoliczności leżących po stronie Zamawiającego, z którym była zawarta wcześniejsza umowa lub okoliczności niezależnych od żadnej ze stron tej umowy.

W kontekście zaistniałych okoliczności Zamawiający, pismem z dnia 25 października 2022 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Rozwiązanie umowy nastąpiło na podstawie art. 635 k.c. i 636 k.c. (opóźnienia w wykonaniu prac tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby wykonawca zdołał je ukończyć w czasie umówionym) i § 14 ust. 3 pkt 6 umowy, tj. „wykonawca realizuje roboty przewidziane niniejszą umową w sposób niezgodny z niniejszą umową, dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, lub wskazaniem Zamawiającego”, a więc w okolicznościach nadzwyczajnych, gdyż w normalnym toku realizacji umowa byłaby nadal wykonywana i wygasłaby dopiero po jej zrealizowaniu. Jeżeli wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem umowy tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał ją wykonać w terminie umówionym, Zamawiający może bez wyznaczenia dodatkowego terminu od umowy odstąpić. Wykonawca powinien bowiem wykonać zobowiązanie zgodnie z treścią umowy i w umówionym terminie.

Odwołujący zakwestionował skuteczność otrzymanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy i, kierując do Zamawiającego pismo z dnia 28 października 2022 r., wskazał na brak podstaw prawnych i faktycznych dla skutecznego odstąpienia od umowy zarówno wynikających z art. 635 k.c. i 636 k.c., ale i § 14 ust. 3 pkt 6 umowy. W przypadku istnienia podstawy do odstąpienia z art. 635 k.c. i 636 k.c. opóźnienie musi być na tyle duże, że stanowi zagrożenie dla terminowego wykonania prac. W tym przypadku termin wykonania ustalony w umowie nie był przeszkodą do realizacji zamówienia i nawet obecnie – jak wskazywał Odwołujący – terminowa realizacja umowy byłaby nadal możliwa. Termin ten uzależniony był bowiem wyłącznie od finansowania przez Zamawiającego, tak więc bez znaczenia jest opóźnienie w stosunku do przygotowanego harmonogramu. Odwołujący posiadał zarówno zakontraktowanych pracowników, firmy, materiał a nawet kredyt uzyskany dla realizacji tej konkretnej inwestycji.

W kontekście powyższego warte zauważenia jest i to, że Odwołujący na rzecz Zamawiającego realizował trzy umowy, z czego dwie rozwiązano za porozumieniem stron. Pierwszą z uwagi na dużą ilość robót dodatkowych, które pojawiły się w trakcie jej realizacji i braku możliwości sfinansowania tych robót przez Zamawiającego i druga z uwagi na braki dokumentacji projektowej. Trzecią umową była umowa pn. „Utworzenie nowoczesnego kompleksu opiekuńczo – mieszkalnego dla osób z niepełnosprawnością i seniorów przy ul. Łazienkowskiej w Jeleniej Górze”, która stała się podstawą odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z wykonawcą i potrącenia kwoty należnej wykonawcy z pierwszej umowy (kwota do zapłacenia za realizację robót przez wykonawcę, którą Zamawiający zobowiązany był zapłacić wykonawcy wynosiła 2 144 252,49 zł - „Oświadczenie o potrąceniu wierzytelności” z dnia 22 listopada 2022 r. Natomiast kara umowa z tytułu odstąpienia Zamawiającego od umowy z wykonawcą wyniosła 2 693 208,00 zł (nota księgowa z dnia 28.10.2022 r.).

A ponieważ odstąpienie co do zasady stanowi sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania to okoliczności wskazujące na niewykonanie i nienależyte wykonanie muszą być jednoznaczne.

„Ciężar udowodnienia zasadności wykluczenia wykonawcy spoczywa na zamawiającym, który ma wykazać niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa” (Wyrok XII GA 397/15 wyrok SO w Gdańsku z dnia 22 września 2015 r.).

Tak więc to Zamawiający zobowiązany jest wykazać niewykonanie oraz nienależyte wykonanie umowy a tych okoliczności – w ocenie Izby - Zamawiający w sposób nie budzący żadnych wątpliwości nie wykazał. Tym samym Izba stwierdziła, że nie zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy z p[rocedury postępowania. Tak więc zarzut ten także potwierdził się.

W konsekwencji powyższego **zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo, iż Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z postępowania, zwłaszcza na podstawie wskazanych przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (zarzut 4 odwołania)**, wobec potwierdzenia się zarzutów 2 i 3 odwołania, także potwierdził się.

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) rozporządzenia 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: