**Nr sprawy: RZP.271.44.2023.ZP1** Białe Błota, dnia 30.11.2023 r.

Dotyczy postępowania pn.:

**Budowa ulicy Nizinnej w Białych Błotach**

**ZAWIADOMIENIE O ODRZUCENIU OFERT ORAZ**

**UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, zwanej dalej ustawą Pzp), Zamawiający Gmina Białe Błota, zawiadamia o:

1. **Odrzuceniu ofert:**

W wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego   
w trybie podstawowym (na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp), dokonano odrzucenia:

1. oferty nr 1 złożonej przez Wykonawcę: **Konsorcjum: DROMAKS Sp. z o.o., ul. Wyczynowa 4, 86-065 Lisi Ogon, DROMAKS Piotr Myszkier, ul. Żytnia 25, 85-356 Bydgoszcz**

**Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia ww. oferty:**

Uzasadnienie faktyczne:

W związku z upływającym w dniu 22.11.2023 r. terminem związania ofertą, Zamawiający, zgodnie z art. 307 ust. 2 ustawy Pzp, wystąpił w dniu 16.11.2023 r. do Wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 30 dni, tj. do dnia 21.12.2023 r.

Pisemne oświadczenie na przedłużenie terminu związania ofertą o oznaczony powyżej okres, Wykonawca zobowiązany był dostarczyć Zamawiającemu przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, w terminie do dnia 22.11.2023 r.

Wykonawca do wyznaczonego terminu złożył oświadczenie, w którym nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, jeżeli Wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

1. oferty nr 2złożonej przez Wykonawcę: **PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o., ul. Nizinna 1, 86-005 Białe Błota**

Uzasadnienie faktyczne:

1. Zamawiający w kwietniu 2021 roku prowadził postępowanie pn. **Budowa ścieżki pieszo rowerowej w Cielu przy ulicy Osiedle , nr postępowania RZP.271.19.2021.KZP.** We wskazanym postępowaniu (z 2021 roku) jako najkorzystniejsza wybrana została oferta Wykonawcy PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. Umowę w sprawie realizacji zamówienia podpisano w dniu 21 maja 2021 roku, z terminem realizacji do 20 listopada 2021 roku, na kwotę brutto 1 569 720,47 zł.

Podczas odbioru prac budowlanych stwierdzono liczne wady, co zostało opisane w protokole odbioru z dnia 4 listopada 2021 roku. Wykonawca pomimo zgłaszania usunięcia usterek nie wykonał prac naprawczych, pomimo wielokrotnego wzywania do usunięcia wad przez Zamawiającego. Brak usunięcia wad przez Wykonawcę potwierdzają między innymi protokoły z przeglądów gwarancyjnych oraz protokół komisji objazdowej Sołectwa Ciele. Z uwagi na celowe niewykonywanie przez Wykonawcę prac naprawczych Gmina Białe Błota naliczyła kary umowne. Do wykonawcy wysłano stosowane wezwania do zapłaty z tytułu ww. kar umownych.

*W stanie faktycznym sprawy:*

1. *W dniu 4 listopada 2021 r. dokonano odbioru ścieżki pieszo-rowerowej wykonanej przez Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. W protokole stwierdzono usterki i wady.*
2. *W dniu 9 listopada 2021 r. Projbud zgłosił usunięcie wad.*
3. *W dniu 9 maja 2022 r. wyznaczony został przegląd gwarancyjny. Stwierdzono wady.*
4. *W dniu 10 czerwca 2022 r. wyznaczono kolejny przegląd gwarancyjny. Stwierdzono wady.*
5. *W dniach 4 lipca i 23 sierpnia 2022 r. wezwano wykonawcę do usunięcia wad.*
6. *Wykonawca w dniu 9 września 2022r. poinformował o usunięciu usterek.*
7. *Zamawiający zweryfikował, że nie doszło do usunięcia wad. W dniu 21 października 2022 r. naliczono kary umowne z tytułu zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych w okresie rękojmi/gwarancji.*
8. *Wykonawca w dniu 26 października 2022 r. odpisał, że wady zostały usunięte i odesłał notę w dniu 10 listopada 2022 r.*
9. *W dniu 23 listopada 2022 r. ponownie wezwano Wykonawcę do zapłaty noty obciążeniowej.*
10. *W dniu 9 stycznia 2023 r. przesłano Wykonawcy pismo z kolejną notą obciążeniową, na które wykonawca odpowiedział pisemnie w dniu 17 stycznia 2023 r.*
11. *W dniu 18 kwietnia 2023r. oraz 18 lipca 2023r. Zamawiający przesłał pisma z kolejnymi notami obciążeniowymi, na które Wykonawca udzielił odpowiedzi w dniu 04.08.2023r.*
12. *Wykonawca był wielokrotnie informowany o treści par. 18 ust. 5 umowy tj. o uprawnieniu Zamawiającego do skorzystania z wykonania zastępczego.*
13. *W dniu 13 września 2023 r. Zamawiający ogłosił przetarg na wykonanie zastępcze.*

Podsumowując powyższe, w efekcie trwałego i celowego niewykonywania przez Wykonawcę PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. prac naprawczych, Zamawiający we wrześniu 2023 roku ogłosił postępowanie mające na celu powierzenie naprawy wadliwie wykonanych robót budowlanych ścieżki pieszo rowerowej w Cielu innemu podmiotowi – wyłonionemu w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W postępowaniu na wykonanie prac naprawczych na ww. ścieżce pieszo – rowerowej Wykonawca PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. złożył ofertę na wykonanie ww. prac. W toku badania ofert Zamawiający wezwał wykonawcę PROJBUD do złożenia wyjaśnień ws. podejrzenia rażąco niskiej ceny, w odpowiedzi na które wykonawca w piśmie z dnia 13 października 2023 roku wskazał (strona 3 wyjaśnień, II. WYJAŚNIENIA CZĘŚĆ WSPÓLNA, akapit 1, zdanie pierwsze), iż „*realizował prace główne, w stosunku do których aktualnie zamawiający zamierza zlecić prace naprawcze”*, **przyznając tym samym iż zakresem postępowania są wadliwie przez niego wykonane roboty budowlane**.

W postępowaniu pn. „**Budowa ścieżki pieszo rowerowej w Cielu przy ulicy Osiedle – wykonanie zastępcze”, nr postępowania RZP.271.38.2023.ZP1** Zamawiający w pkt. 8.2 SWZ wskazał,   
iż „Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4-10 stawy Pzp”. Fakultatywne podstawy wykluczenia Wykonawców zawarte w art. 109 ust 1 pkt 4-10 zostały również wskazane w treści ogłoszenia o zamówieniu nr 2023/BZP 00395260 z dnia 13.09.2023 r.

Zgodnie z powyższym Zamawiający uznał, iż Wykonawca Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. podlega wykluczeniu na podstawie:

1. Art. 109 ust. 1 pkt. 5 – Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności w wyniku zamierzonego działania i rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.
2. Art. 109 ust. 1 pkt 7 – Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu nienależycie wykonał i długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wykonania zastępczego oraz realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.
3. Art. 109 ust 1 pkt 8 – Wykonawca w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając nieprawdziwe informacje, że nie podlega wykluczeniu.

W związku z powyższym w dniu 31 października 2023 r. oferta Wykonawcy Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 a) ustawy Pzp.

Wykonawca Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. w dniu 6 listopada 2023 roku wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert (…) oraz odrzuceniu przez Zamawiającego jego oferty z uwagi na podleganie wykluczeniu z postępowania (…).

Krajowa Izba Odwoławcza termin posiedzenia w sprawie ustaliła na dzień 27 listopada 2023 roku.

Zamawiający w odpowiedzi na wniesione odwołanie wskazał m.in.:

* *„W dniu 27 października 2023 r. Zamawiający wniósł pozew przeciwko Wykonawcy o zapłatę 302 172.00 zł tytułem zapłaty kar umownych z umowy nr RZP.272.25.2021.KZP „Budowa ścieżki pieszo rowerowej w Cielu przy ulicy Osiedle”. Sprawa toczy się pod sygnaturą VIII GC 243/23.*

*(…) przedmiotowe usterki i wady nie są tylko i wyłącznie rzekomym wymysłem Zamawiającego, zwracali na nie również mieszkańcy, członkowie rady sołeckiej i radni gminni, żądając działań ze strony Zamawiającego do przymuszenia wykonawcy do ich naprawienia. Wykonawca przez (…) 18 miesięcy zwodził Zamawiającego, że usunie te wady. Również przedmiotem mediacji prowadzonej w okresie od 7 grudnia 2022 r. do 9 maja 2023 r. w sprawie VIII GC 183/22 poza głównym przedmiotem sporu było dobrowolne usunięcie wad i usterek w ścieżce, do czego oczywiście nie doszło. Zamawiający dla potwierdzenia przez zewnętrznego eksperta- specjalisty z zakresu drogownictwa, faktu istnienia istotnych wad i usterek zlecił przygotowanie ekspertyzy technicznej, która potwierdziła odpowiedzialność za nie Wykonawcy i pozwoliła oszacować wartość robót wykonania zastępczego. Wykonawca w wolnych głosach podczas sesji Rady Gminy 6 listopada 2023 r. zabrał głos publicznie oświadczając że naprawi dobrowolnie ścieżkę, czego oczywiście nie zrobił.*

*Podsumowując powyższe, w efekcie trwałego i celowego niewykonywania przez Wykonawcę PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. prac naprawczych, Zamawiający we wrześniu 2023* ***roku ogłosił postępowanie mające na celu powierzenie naprawy wadliwie wykonanych robót budowlanych ścieżki pieszo rowerowej w Cielu innemu podmiotowi*** *– wyłonionemu w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na szacowaną wartość zamówienia ustaloną na podstawie ekspertyzy technicznej, na kwotę 226 110,52 zł brutto. Zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia na te wykonawstwo zastępcze przetargu w trybie PZP.*

*W tym miejscu Zamawiający odnosi się do znaczenia językowego sformułowania wykonawstwo zastępcze.* ***Zgodnie z Słownikiem Języka Polskiego PWN, słowo zastępczy oznacza «zastępujący kogoś albo coś».*** *Absurdem staje się sytuacja, gdzie Wykonawca składa ofertę na wykonanie zastępcze, wad i usterek, których to właśnie on w terminach umownych nie usunął.* ***Wykonanie zastępcze jest dokonywane „na koszt” Wykonawcy (a więc Zamawiający powierza wykonanie danej czynności osobie trzeciej*** *i następnie żąda od Wykonawcy zwrotu zapłaconego tej osobie wynagrodzenia). W świetle przedstawionych dowodów nie budzi wątpliwości, że Wykonawca nie usunął wad i usterek i koniecznym było wyłonienie osoby trzeciej, która dokona napraw ścieżki zgodnie z ekspertyzą techniczną i kosztorysem inwestorskim tych napraw. Zamawiający zatem wszczął procedurę w celu wyłonienia wykonawcy zastępczego ponadto pozwał Wykonawcę o zapłatę kar umownych z tytułu nieusunięcia wad i usterek w terminie.*

*(…)*

*W konsekwencji, oferta Wykonawcy Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 a) ustawy Pzp.*

*Niewykonanie albo nienależyte wykonanie w znacznym stopniu nie może być utożsamiane wyłącznie z określonym stopniem wykonania tej umowy pod względem wartościowym czy rzeczowym wbrew brzmieniu przepisu, który nie konkretyzuje takiego punktu odniesienia. Z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE wynika, że dla ustalenia, czy niewykonanie albo nienależyte wykonanie było w znacznym stopniu, ma znaczenie nie tylko odpowiednio istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego wykonania lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do przewidzianego zawartą umową, lecz także spełnianie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były zapisane w umowie, oraz powtarzające się nagminnie takie same wady świadczenia wykonawcy, choćby nie w zakresie najistotniejszych wymagań, w tym notoryczne niedochowanie terminu wykonania zamówienia (zob. wyrok z 3.02.2017 r., KIO 139/17, LEX nr 2238199). (J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 109.* [*https://sip.lex.pl/#/commentary/587942466/739906/nowicki-jozef-edmund-wisniewski-piotr-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-wyd-v?cm=URELATIONS*](https://sip.lex.pl/#/commentary/587942466/739906/nowicki-jozef-edmund-wisniewski-piotr-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-wyd-v?cm=URELATIONS) *(dostęp: 2023-11-25 15:34)).*

*W przedmiotowej sprawie wadliwe wykonanie przedmiotu umowy w 2021 r., zwłoka wykonawcy w usunięciu wad i usterek sięga kilkunastu miesięcy. Wartość prac koniecznych naprawienia ścieżki w ramach wykonawstwa zastępczego sięga kwoty 226 110,52 zł brutto (kosztorys inwestorskie). Postawa Wykonawcy, który zwodził Zamawiającego, w pismach raz wskazywał, że usunie wady, raz że usunął te które podlegają gwarancji, a innych usuwać nie zamierza należy uznać za naganne i stanowi ono długotrwałe nienależyte wykonywanie obowiązków wynikających z umowy. Jak widać wady te mają duże znaczenie nie tylko dla Zamawiającego ale również dla mieszkańców, radnych gminy i członków rady sołeckiej, którzy wskazują na nie i żądają działań ze strony Zamawiającego.*

*Użyte w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. wyrażenie „co doprowadziło do (...) odszkodowania” obejmuje również należności z tytułu kar umownych. Na gruncie prawa cywilnego kary traktowane są bowiem jako surogat odszkodowania (tak w wyroku SN z 18.07.2012 r., III CZP 39/12 92). W uzasadnieniu uchwały SN (7) z 6.11.2003 r., III CZP 61/03 93, mającej moc zasady prawnej, wyjaśniono, iż: „Sformułowanie «surogat odszkodowania» należy rozumieć w tym sensie, że strony przy zawarciu umowy określają z góry wysokość należnego wierzycielowi odszkodowania na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika i odszkodowanie (kara umowna) kompensuje wszystkie negatywne dla wierzyciela konsekwencje wynikające ze stanu naruszenia zobowiązania”. Kara umowna jest zatem inną porównywalną sankcją, o której mowa w art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE. W wyroku z 18.04.2013 r., KIO 724/13, LEX nr 1315321, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że o nienależytym spełnieniu świadczenia można mówić w aspekcie zachowania terminu świadczenia, a nienależyte wykonanie świadczenia określonego w kontrakcie może wywołać dotkliwe skutki dla kontrahenta, który nie wywiązał się ze swoich obowiązków (np. kary umowne).*

*W art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. ustawodawca doprecyzował użyte w art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy 2014/24/UE pojęcie innych porównywalnych sankcji, wskazując na* ***„wykonanie zastępcze lub realizację uprawnień z tytułu rękojmi za wady”****. Użyte w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. pojęcie odszkodowania nie powinno być zawężane do odszkodowania uzyskanego w oparciu o zasady ogólne odpowiedzialności odszkodowawczej określone w art. 471 k.c.* ***Użyte w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. pojęcie odszkodowania obejmuje również kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego (zob. art. 483 § 1 k.c.). Przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. obejmuje tylko kary umowne mające charakter odszkodowawczy.*** *(J. E. Nowicki [w:] P. Wiśniewski, J. E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 109.* [*https://sip.lex.pl/#/commentary/587942466/739906/nowicki-jozef-edmund-wisniewski-piotr-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-wyd*](https://sip.lex.pl/#/commentary/587942466/739906/nowicki-jozef-edmund-wisniewski-piotr-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-wyd) *v?cm=URELATIONS (dostęp: 2023-11-25 15:34).*

*Niniejsze postepowanie przetargowe stanowi pierwszy etap wszczętej procedury wykonania zastępczego – ma ono na celu wyłonienie wykonawcy zastępczego, który dokona naprawy ścieżki rowerowej. Ponadto wszczęte postępowanie sądowe o zapłatę kar umownych ma charakter odszkodowawczy. Zamawiający po uiszczeniu wynagrodzenia wykonawcy zastępczemu wystąpi z kolejnym powództwem odszkodowawczym, w wysokości zapłaconego wynagrodzenia. Zatem zdaniem Zamawiającego zostały spełnione przesłanki określone w ust. 7 omawianego przepisu uprawniającego do wykluczenia Odwołującego się Wykonawcy.”*

**Wykonawca PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. przed wyznaczonym przez Krajową Izbę Odwoławczą terminem posiedzenia wycofał wniesione odwołanie.**

W przedmiotowym postępowaniu – „Budowa ul. Nizinnej w Białych Błotach”, nr postępowania RZP.271.44.2023.ZP1Zamawiający w pkt. 8.2 SWZ również wskazał, iż „Dodatkowo Zamawiający wykluczy Wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4-10 stawy Pzp”. Fakultatywne podstawy wykluczenia Wykonawców zawarte w art. 109 ust 1 pkt 4-10 zostały wskazane w treści ogłoszenia o zamówieniu nr 2023/BZP 00431772/01 z dnia 06.10.2023 r.

Wykonawca Projbud Drogownictwo Sp. z o.o. poprzez wycofanie odwołania złożonego w postępowaniu na wykonanie zastępcze ścieżki pieszo rowerowej w Cielu sam zrezygnował z możliwości podważenia argumentów i dowodów przedłożonych przez Zamawiającego, z możliwości obrony i przedstawienia korzystnych dla siebie dowodów. Tym samym zrezygnował z możliwości uzyskania prawomocnego orzeczenia w zakresie podlegania wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Działanie takie dowodzi, że Wykonawca przyznał, iż podlega wykluczeniu z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 a) w związku z art. 109 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt. 7 oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8.

Reasumując powyższe, Wykonawca PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. w konsekwencji nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania na podstawie:

1. Art. 109 ust. 1 pkt. 5 – Wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności w wyniku zamierzonego działania i rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów.
2. Art. 109 ust. 1 pkt 7 – Wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu nienależycie wykonał i długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązania wynikające   
   z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do wykonania zastępczego oraz realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.
3. Art. 109 ust 1 pkt 8 – Wykonawca w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawiając nieprawdziwe informacje, że nie podlega wykluczeniu.

Uzasadnienie prawne:

Oferta Wykonawcy PROJBUD Drogownictwo Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie Art. 226 ust. 1 pkt 2 a) – oferta została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art.109 ust. 1 pkt 5, art. 109 ust. 1 pkt. 7 oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8.

**UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA**

W związku z dokonaniem ww. czynności, Zamawiający działając na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zawiadamia, że ww. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione.

**Uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia:**

Uzasadnienie faktyczne:

W przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty, które w toku badania i oceny podlegają odrzuceniu.

Uzasadnienie prawne:

art. 255 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) - Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.

*z up. Wójta*

*Zastępca Wójta*

*Podpis nieczytelny*

*Paweł Zuehlke*