Sygn. akt: KIO 2971/23

WYROK

z dnia 24 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2023 r. przez: Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół Cezas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, Ul. Aleja Solidarności 15 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie, Ul. Saperska 1, bud. 5

przy udziale wykonawcy T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „CADA-BRA" T. P. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Południowa 58 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2971/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół Cezas spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, Al. Solidarności 15 i

2.1 Zalicza na poczet postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół Cezas Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, Ul. Aleja Solidarności 15 tytułem zwrotu wpisu od odwołania,

2.2 Zasądza od Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, Al. Solidarności 15 na rzecz Skarbu Państwa Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Olsztynie, ul. Saperska 1 bud. 5 kwotę 3 600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t. j. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:…….

Sygn. akt KIO 2971/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę pozostałego sprzętu kwaterunkowego z podziałem na III części zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 lipca 2023 r. (2023/S 145-463275).

Pismami z dnia:

- 27 września 2023 r. (część I),
- 28 września 2023 r. (część II),

zamawiający przekazał odwołującemu Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół Cezas Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, Ul. Aleja Solidarności 15 informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 9 października 2023 r. odwołujący wniósł o odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 września 2023 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wskazania uzasadnienia faktycznego

wykluczenia wykonawcy wyrażające się w braku wykazania przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy;

- art. 128 ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do

złożenia wyjaśnień odwołującego po otrzymaniu informacji o rzekomo nienależycie wykonanej umowie zawartej między odwołującym a RZI Kraków, co uniemożliwiło wykazanie odwołującemu braku wystąpienia przesłanek uzasadniających

wykluczenie z postępowania; - art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 3

przez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji w której wykonawca nie podlega wykluczeniu a w konsekwencji nie występuje przesłanka uzasadniająca odrzucenie oferty;

- art. 17 ust. 2 przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z

przepisami ustawy;

- art. 109 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie w sytuacji, w której wykluczenie

wykonawcy jest w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ jego oferty w części I i II zostały odrzucone jako złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, przy czym w części II oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza. W przypadku dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego ma on realną szansę na pozyskanie zamówienia w części II. Odwołujący ma również interes w zaskarżeniu czynności odrzucenia w części I, ponieważ odrzucenie oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy skutkować będzie wykluczeniem z postępowań przez okres trzyletni, co spowoduje znaczną szkodę dla odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wskazania uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy wyrażające się w braku wykazania przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W pierwszej kolejności odwołujący podkreślił lakoniczność uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający wskazał, ze powziął informacje o fakcie rozwiązania umowy zawartej pomiędzy odwołującym a RZI w Krakowie. Wskazał, że zgodnie z informacjami przekazanymi przez RZI w Krakowie wykonawca (odwołujący) w dniu 29 listopada 2021 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy na dostawę mebli biurowych, w związku z czym umowa uległa rozwiązaniu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i została naliczona kara umowna. Zamawiający powołał się na pismo wykonawcy o odstąpieniu od umowy i niewykonaniu około 45% zamówienia. Uzasadnienie odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy winno jednak zawierać wykazanie wszystkich przesłanek zawartych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Samo naliczenie kary czy też rozwiązanie umowy nie jest wystarczającą przesłanką.

Jak wskazuje się w doktrynie zamówień publicznych:

„Podobnie sam fakt rozwiązania umowy, np. przez odstąpienie przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, wcale nie oznacza automatycznie wystąpienia przesłanki, o którą o której mowa w art. 109 ust. I pkt 7 ustawy. Należy bowiem pamiętać, że odstąpienie, jaką czynność uregulowano w kodeksie cywilnym, może być obarczona wadą bądź z mocy prawa nieważna. [...] W związku z tym zamawiający, który stwierdza wystąpienia przesłanki wykluczenia wskazane w art. 709 ust. I pkt 7 ustawy wobec konkretnego wykonawcy, zobowiązany jest bardzo szczegółowo i precyzyjnie wskazać w uzasadnieniu faktycznym powody swojej decyzji. W szczególności nie jest prawidłowe ograniczenie się w uzasadnieniu do stwierdzeń A przez zamawiającego, że doszło odstąpienia od umów z winy wykonawcy oraz naliczenia kar umownych w związku z realizacją umów. Takie uzasadnienie zbyt ogólne i nieprecyzyjne oraz nie odnosi się do przyczyn uzasadniających wykluczenia wykonawcy. Odstąpienia od umowy czy naliczenie

kar umownych są jednymi z elementów konstrukcji przepis artykułu 109 ust. I pkt 7 ustawy i to elementami wtórnymi oraz wynikowymi. I...] wszystkie, istotne z punktu widzenia zamawiającego powody niewykonanie lub nienależyte go wykonania wskazanych umów powinny znaleźć swoje szczegółowe i wyraźnie odzwierciedlenie w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego.” (I. Skubiszak Kalinowska, Zamówienia publiczne. Meritum, Warszawa 2023 r.).

Również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na konieczność pełnego i merytorycznego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu ofert na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy np. (KIO 1482/21).

Lektura uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego według niego nie zostawia wątpliwości, że zamawiający nie wskazał w części faktycznej uzasadnienia wypełnienia wszystkich przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zamawiający nie odniósł się w uzasadnieniu do faktu wypowiedzenia umowy przez wykonawcę z przyczyn zewnętrznych, co już samo w sobie przesądza o braku istnienia podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień odwołującego po otrzymaniu informacji o rzekomo nienależycie wykonanej umowie zawartej między odwołującym a RZI Kraków, co uniemożliwiło wykazanie odwołującemu braku wystąpienia przesłanek uzasadniających wykluczenie z postępowania.

Z treści uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, że zamawiający w trakcie badania i oceny ofert uzyskał informacje od innego wykonawcy, że jedna z umów wiążących odwołującego z RZI w Krakowie została rozwiązana. W konsekwencji powziął szereg czynności, pozyskując w ich wyniku nowe informacje w postępowaniu.

Jednak po ich pozyskaniu nie wezwał odwołującego do wyjaśnień w związku z pozyskanymi informacjami. Takie wezwanie umożliwiłoby odwołującemu już na etapie badania o oceny ofert wyjaśnienie, dlaczego w jego ocenie nie podlega odrzuceniu i dlaczego rozwiązania umowy z RZI w Krakowie nie kwalifikował jako przesłanki wykluczenia, co do której miałby się przyznawać w JEDZ oraz podejmować procedurę samooczyszczenia. Literalna wykładnia przepisu art. 128 ust. 4 ustawy nie wskazuje na obowiązek takiego wezwania, jednak zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą oraz poglądami doktryny, w sytuacji, w której sprzeczne ze sobą informacje mogą prowadzić do odrzucenia oferty, zamawiający ma obowiązek wyjaśnić rozbieżności np. (KIO 1067/21); oraz (I. Skubiszak - Kalinowska, Zamówienia publiczne. Meritum, Warszawa 2023 r.).

W ocenie odwołującego pozyskanie przez zamawiającego nowych informacji, które podważają oświadczenia złożone przez odwołującego w formularzu JEDZ, winno skutkować wezwaniem do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i

3 ustawy. Dałoby to szansę odwołującemu na przedstawienie argumentacji uzasadniającej brak występowania przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy wraz z niezbędnymi dowodami w tym zakresie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 3 przez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji w której wykonawca nie podlega wykluczeniu a w konsekwencji nie występuje przesłanka uzasadniająca odrzucenie oferty.

Odnosząc się merytorycznie do zarzutu podlegania wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy odwołujący wskazał, że zamawiający w treści uzasadnienia powołuje się na umowę, która wiązała odwołującego z Rejonowym Zarządem Infrastruktury w Krakowie. Odwołujący nie zaprzecza, że przedmiotowa umowa została rozwiązana. Odwołujący zgadza się z zamawiającym, że najpełniejsze informacje co do okoliczności rozwiązania tej umowy są w posiadaniu Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Krakowie oraz odwołującego. Odwołujący jednocześnie zdecydowanie zaprzecza jakoby w treści jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia zataił informacje o podleganiu pod przesłankę wykluczenia z artykułu 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Informacja podana w JEDZ jest zgodna ze stanem faktycznym. Okoliczności rozwiązania umowy z RZI Kraków nie wypełniały przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę na fakt, że Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie nie traktuje rozwiązania umowy, na które powołuje się zamawiający jako wypełniające przesłankę z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Świadczą o tym rozstrzygnięcia postępowań prowadzonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych wszczęte w okresie po rozwiązaniu umowy, w których RZI Kraków przewidział przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 ustawy jednak nie wykluczał z tych przesłanek odwołującego tylko dokonywał merytorycznej oceny złożonych przez niego ofert:

- postępowanie pn.: „Dostawa sprzętu koszarowego i biurowego” - RZI Kraków - nr sprawy 22/2023/ZP/SSp;

- postępowanie pn. „Dostawa sprzętu koszarowego i biurowego" - RZI Kraków - nr sprawy 21/2023/ZP/SSp;

- postępowanie pn.: „Dostawa sprzętu koszarowego i biurowego” RZI Kraków - nr sprawy 21/2022/ZP/SSp;

- postępowanie pn.: „Dostawa mebli biurowych” RZI Kraków nr sprawy 2/2022/ZP/SSp;

- postępowanie pn.: „Dostawa sprzętu koszarowego" - RZI Kraków - nr sprawy 1/2022/SSp. We wszystkich ww. postępowaniach prowadzonych przez RZI w Krakowie nie wykluczał on odwołującego z uwagi na fakt rozwiązania umowy, na którą w przedmiotowym postępowaniu powołuje się zamawiający. Zatem mamy do czynienia z sytuacją, w której podmiot posiadający największą i najpełniejszą wiedzę na temat okoliczności zakończenia współpracy wielokrotnie nie uznaje, że odwołujący podlega wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt

7 ustawy, natomiast RZI w Olsztynie, na podstawie szczątkowych i niepełnych informacji uznaje, że wszystkie przesłanki z art. 109 ust 1 pkt 7 ustawy zostały spełnione. W ocenie odwołującego, skoro druga strona umowy - RZI w Krakowie - w szeregu postępowaniach nie dokonuje jego wykluczenia, a nawet nie prowadzi procedury wyjaśniającej co do art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, to jest to wystarczająca przesłanka do tego, aby w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających nie wskazywać, że podlega pod przesłankę wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z tytułu rozwiązania tej umowy. Odwołujący stale współpracuje z RZI w Krakowie, który wielokrotnie zwraca się z prośbą o wsparcie przy m.in. szacowaniu wartości kolejnych ogłaszanych postępowań.

Zarówno doktryna jak i orzecznictwo wskazują, że aby wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy należy wykazać spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w tym przepisie. Ponadto przesłanki wykluczenia nie podlegają wykładni rozszerzającej. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej:

„Należy mieć też na uwadze zasadę interpretacyjną przepisów prawo, która nie pozwala na rozszerzanie interpretacji przepisów sankcyjnych, jakimi są w tym przypadku przepisy o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, zwłaszcza w przypadku jednoznacznie brzmiących przepisów krajowych." (KIO 287/23 z dnia 23 lutego 2023 r.).

Odnosząc się do poszczególnych przesłanek wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy odwołujący podkreślił, że do nienależytego wykonania zamówienia w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 musi dojść z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W przypadku zamówienia realizowanego na rzecz RZI w Krakowie niemożność realizacji dostaw wynikała z przyczyn zewnętrznych, niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę. Kluczowym był czas realizacji zamówienia przypadający na czas pandemii, co bezpośrednio przekładało się na możliwość terminowej realizacji

kontraktów oraz na gwałtowne wzrosty kosztów realizacji zamówień w związku z przerwaniem łańcuchów dostaw w większości obszarów działalności gospodarczej. Oczywistym jest, że gwałtowne zmiany cen produktów występujące w okresie pandemii, które miały bezpośredni wpływ na możliwość realizacji umowy, nie mogą być traktowane jako przyczyny leżące po stronie wykonawcy. Jak podnosi się w doktrynie: „Niewykonanie lub nienależyte wykonanie musi wystąpić z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Oznacza to, że dla oceny występowania omawianej podstawy wykluczenia nie bierze się pod uwagę przypadków, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia nastąpiło w wyniku siły wyższej, innych okoliczności niezależnych od stron l...]" I. Skubiszak -Kalinowska. Zamówienia publiczne. Meritum. Warszawa 2023.

Odwołujący w pismach kierowanych do zamawiającego RZI Kraków wielokrotnie informował o trudnościach w realizacji zamówienia niewynikających z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Wskazywano również wielokrotnie na wystąpienie niemożliwych od przewidzenia okoliczności w postaci przerwania łańcucha dostaw, co wpłynęło na drastyczne

zmiany cen produktów.

Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu, aby wykonawca podlegał wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy nienależyte wykonanie umowy winno doprowadzić do określonego w ustawie skutku w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. W przypadku realizacji umowy z RZI Kraków, nie doszło do odstąpienia od umowy przez zamawiającego ze względu na nienależyte wykonanie umowy. Oświadczenie o odstąpieniu złożył wykonawca ze względu na brak możliwości realizacji spowodowaną nadzwyczajną zmianą stosunków (przerwanie łańcucha dostaw oraz niespodziewany i nagły wzrost cen produktów w okresie pandemii). Nie została zatem wypełniona przesłanka nienależytego wykonania umowy co doprowadziło w efekcie do odstąpienia od umowy. W istocie nie tyle nienależyte wykonanie doprowadziło do odstąpienia, ile wykonawca skorzystał z przysługującego mu uprawnienia do rozwiązania umowy, co nie jest objęte dyspozycją art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Umowa wiążąca odwołującego z RZI w Krakowie nie przewidywała możliwości odstąpienia przez wykonawcę. W konsekwencji należy uznać, że pismo o odstąpieniu mogło być co najwyżej wnioskiem o rozwiązanie umowy, na które to rozwiązanie zamawiający - RZI w Krakowie wyraził zgodę.

W przedmiotowym stanie faktycznym nie doszło do wypełnienia przesłanki odszkodowania. Jak wskazuje najbardziej aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

„Izba odnosząc się do podglądu doktryny, cytowanego poniżej, nie podziela poglądu, że skoro ustawodawca krajowy (ustawy) precyzyjnie w art. 109 ust. 1 pkt 7 określił sankcje z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zamówienia publicznego, które powodują wykluczenie wykonawcy z postępowania można rozszerzać sankcje w oparciu o dyspozycyjny przepis art. 57 ust. 4 lit. g) w związku z art. 57 ust. 7 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rody 2014/18/UE (dyrektywy klasycznej) również na kory umowne. Jak powyżej Izba ustaliła, praktyka obrotu gospodarczego, z powodu kar umownych z tytułu niewykonania umowy w terminie, nie dyskwalifikuje dobrych merytorycznie wykonawców, zawierając z nimi kolejne, nowe umowy (Koleje Mazowieckie, Koleje Małopolskie, Szybka Kolej Miejska). Należy mieć też na uwadze zasadę interpretacyjną przepisów prawa, która nie pozwala na rozszerzanie interpretacji przepisów sankcyjnych, jakimi są w tym przypadku przepisy o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, zwłaszcza w przypadku jednoznacznie brzmiących przepisów krajowych. " KIO 287/23.

Przesłanki wykluczenia wykonawców i odrzucenia ofert podlegają wykładni ścisłej, co wyklucza dokonywanie wykładni rozszerzającej. Ustawodawca w treści ustawy wielokrotnie posługuje się pojęciem kar umownych, jednak w przypadku przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy ograniczył jego stosowanie jedynie do odszkodowania. Jak wskazano powyżej aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie podziela poglądu, jakoby w pojęciu

odszkodowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy mieściły się również kary umowne. W konsekwencji nie jest prawidłowy wniosek zmierzający do przyjęcia, że każdy przypadek naliczenia kary umownej jest równoznaczny z odszkodowaniem w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Powyższe potwierdza również opinia Urzędu Zamówień Publicznych.

Mając na uwadze powyższe odwołujący złożył zgodne z prawdą oświadczenie w przedmiocie niepodlegania wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Żadna ze wskazanych w przywołanym przepisie przesłanek nie została wykazana przez zamawiającego.

Wobec braku spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy w konsekwencji nie można zgodzić się z naruszającym dobra osobiste odwołującego stwierdzeniem, jakoby odwołujący zataił informacje w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia o podleganiu wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy.

Niezgodne z przepisami ustawy odrzucenie oferty odwołującego doprowadziło w konsekwencji do wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy w części II postępowania.

Zarzut naruszenia art. 109 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie i wykluczenie wykonawcy w sytuacji, w której jego wykluczenie jest oczywiście nieproporcjonalne.

W ocenie odwołującego, wykluczenie wykonawcy, który odstąpił od umowy działając w stanie wyższej konieczności jest

przesłanką, która powinna być oceniona przez pryzmat art. 109 ust. 3 ustawy, który stanowi:

W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Odwołujący z tytułu rozwiązania umowy zapłacił karę umowną w kwocie 20.304,10 zł. Mając na uwagę skalę działalności samego odwołującego, ale i wartość zamówienia w części II przedmiotowego postępowania, w której złożono ofertę na kwoty od 7.328.797,56 zł do 7.679.560,35 zł nie jest to kara wielkiej wartości. Trudno również uznać, że fakt zapłacenia kary na poziomie 20.000 zł uniemożliwia skorzystanie z przesłanki z art. 109 ust. 3 ustawy. Co więcej odrzucenie oferty odwołującego i zaniechanie skorzystania z art. 109 ust. 3 ustawy doprowadzi do wyboru oferty droższej o 337.441,89 zł. Trudno uznać takie działanie jako pozostające w zgodzie z zasadami celowego i oszczędnego gospodarowania środkami publicznymi. Tym bardziej, że RZI Kraków jako strona umowy, która uległa rozwiązaniu, nie traktuje tego rozwiązania jako okoliczności wypełniającej przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7

ustawy.

W dniu 10 października 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 12 października 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział T. P.prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „CADABRA" T. P. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Południowa 58 wnosząc o oddalenie odwołania. Interes przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego wynika z faktu, że w postępowaniu pn. „dostawy pozostałego sprzętu kwaterunkowego z podziałem na III części – postępowanie nt. 70/D" zamawiający w dniu 28 września 2023 r. dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Zgłoszenie wniósł właściciel firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom.

W dniu 20 października 2023 r. odwołujący przedłożył pismo z wnioskami dowodowymi.

W dniu 23 października 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o: 1. oddalenie odwołania,

2. przyznanie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania

odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą, która zostanie złożona na rozprawie,

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

- pisma P. P. U. H. „NOVCAN" W. N. z dnia 19.09.2023 r. (nr wch. 9202/23), pisma zamawiającego z dnia 20.09.2023 r. (nr wych. 4989/23), pisma Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Krakowie (dalej jako; RZI Kraków) z dnia 21.09.2023 r. (nr wch. 9330/23) wraz z załącznikiem - pismem odwołującego z dnia 29.11.2021 r., pisma zamawiającego z dnia 25.09.2023 r. (nr wych. 5134/23), pisma RZI Kraków z dnia 26.09.2023 r. (nr wch. 9512/23), pisma zamawiającego z dnia 12.10.2023 r. (nr wych. 5555/23), pisma RZI Kraków z dnia 16.10.2023 r. (nr 4297/VIII) z załącznikami na okoliczność wyczerpania wszystkich przesłanek wykluczenia odwołującego z postępowania przewidzianych w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy,

-Zawiadomienia o wyborze oferty w części I postępowania z dnia 27.09.2023 r. (nr wych. 5203/23) oraz Zawiadomienia o wyborze oferty w części II postępowania z dnia 28.09.2023 r. (nr wych. 5231/23) na okoliczność przedstawienia przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego zaskarżonej czynności z uwzględnieniem wykazania spełnienia wszystkich przesłanek wykluczenia wykonawcy wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy.

W ocenie zamawiającego, zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie z

następujących przyczyn:

W tym postępowaniu, w pkt VI.2.3. Specyfikacji Warunków Zamówienia, zamawiający

przewidział możliwość wykluczenia wykonawców z uwagi na zaistnienie fakultatywnej podstawy wykluczenia wskazanej w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy, co obligowało go do jej zastosowania w przypadku ziszczenia wszystkich przesłanek przewidzianych w tym przepisie.

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy 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.

Aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy z postępowania na wskazanej wyżej podstawie prawnej musi zatem dojść do:

1) niewykonania lub nienależytego wykonania bądź długotrwałego nienależytego

wykonywania obowiązków wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,

2) musi ono dotyczyć znacznego zakresu umowy albo być naruszeniem znacznego

stopnia,

3) przyczyna musi leżeć po stronie wykonawcy,

4) musi to doprowadzić do skutków w postaci wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy,

odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Ponadto, w świetle art. 111 pkt 4) ustawy wykluczenie następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Wbrew stanowisku odwołującego, zamawiający w zawiadomieniach o wyborze oferty w części I i II postępowania, przesłanych wykonawcom w dniach 27.09.2023 r. oraz 28.09.2023 r., w ramach uzasadnienia faktycznego wykazał wystąpienie wszystkich przesłanek wykluczenia przewidzianych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zamawiający poinformował bowiem, że w 2021 r. odwołujący nie zrealizował znacznej części dostawy (o wartości ok. 45% wynagrodzenia umownego) na „Dostawę mebli biurowych" na rzecz RZI w Krakowie i złożył oświadczenie o odstąpieniu od wykonania ww. umowy. W związku z powyższym RZI Kraków naliczył odwołującemu karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie odwołującego, którą odwołujący opłacił dobrowolnie, co najdobitniej świadczy o przyznaniu przez odwołującego swej odpowiedzialności za niewykonanie zamówienia w istotnym zakresie. Jak wskazał zamawiający w pisemnych zawiadomieniach o wyborze najkorzystniejszej oferty w części I i II, powyższe informacje znajdują odzwierciedlenie w posiadanych przez zamawiającego dowodach w postaci pism RZI Kraków z dnia 21.09.2023 r. (nr wch. 9330/23) oraz z dnia 26.09.2023 r. (nr wch. 9512/23), jak również załączonego do

pierwszego z ww. pism oświadczenia odwołującego z dnia 29.11.2021 r. o odstąpieniu od umowy.

Wbrew zarzutowi odwołującego zwięzłość uzasadnienia nie ma znaczenia, skoro znalazło się w nim odniesienie elementów stanu faktycznego do wszystkich przesłanek stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa wart. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Procedura wskazana w art. 128 ust. 4 ustawy dotyczy zatem sytuacji, w której zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę. Wezwanie do wyjaśnień, inaczej niż wezwanie o uzupełnienie, poprawienie lub złożenie dokumentów z art. 128 ust. 1 ustawy, nie jest obowiązkowe. Ustawodawca posłużył się sformułowaniem „może żądać od wykonawców wyjaśnień", co jest zmianą w stosunku do art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, w którym posłużono się słowem „wzywa", sugerującym obligatoryjność procedury wyjaśnień, (wyrok KIO z dnia 23.11.2021 r, KIO 3229/21).

Zgodnie z jednolitą wykładnią art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy zobowiązanym do wykazania, że zachodzą okoliczności stanowiące podstawę do wykluczenia jest zamawiający. Nie istnieją przy tym ustawowe ograniczenia co do środków dowodowych. Sytuacją najprostszą dowodowe będzie ta, w której poprzednia umowa wiązała tego samego zamawiającego i wykonawcę. Zamawiający dysponuje wtedy pełną dokumentacją z realizacji poprzednio zawartej umowy i może wykazać zarówno fakt niewykonania lub nienależytego wykonania, stopień niewykonania, jak i potwierdzić, że doszło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. W przypadku gdy dana sytuacja miała miejsce u innych zamawiających dostęp do środków dowodowych opiera się w dużej mierze na współpracy pomiędzy tymi zamawiającymi.

W tej sprawie, po otrzymaniu pisma wykonawcy PPH U „NOVCAN" W. N. z dnia 19.09.2023 r. (nr wch. 9202/23), wskazującego na zaistnienie podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania 70/P w związku z niewykonaniem w pełni umowy na „Dostawę mebli biurowych" na rzecz RZI Kraków, celem weryfikacji zawartych w nim informacji, Zamawiający w pierwszej kolejności wystąpił do RZI Kraków jako instytucji posiadającej pełną wiedzę w przedmiocie realizacji wskazanego zamówienia.

Zważywszy na fakt, że okoliczności, w tym przyczyny, przerwania dostaw na rzecz RZI Kraków zostały szczegółowo opisane przez samego odwołującego w udostępnionym przez RZI Kraków oświadczeniu z dnia 29.11.2021 r. o odstąpieniu od umowy, jak również wynikały z pozostałych informacji uzyskanych z RZI Kraków, po stronie zamawiającego nie wystąpiły wątpliwości odnośnie zaistnienia wszystkich przesłanek wykluczenia wynikających z art. 109

ust. 1 pkt 7) ustawy. W szczególności wobec informacji RZI Kraków, że odwołującemu została naliczona kara umowna za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po jego stronie, a odwołujący ww. karę uiścił dobrowolnie, wątpliwości nie może budzić okoliczność, że do niewykonania znacznej części zamówienia doszło z przyczyn obciążających odwołującego. W innym wypadku z pewnością kwestionowałby zasadność nałożenia ww. sankcji.

W powyższym stanie rzeczy brak było obiektywnej potrzeby wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień zaistniałej sytuacji w trybie art. 128 ust. 4 ustawy, skoro zgromadzone przez zamawiającego dowody, w tym pismo pochodzące od samego odwołującego, bezspornie potwierdzały zasadność wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Ponadto zamawiający zauważył, że aby zamawiający mógł ocenić, czy w przypadku wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych, wykonawca winien już w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy przekazać zamawiającemu wszystkie okoliczności dotyczące przewinienia, nawet gdy jego zdaniem wykluczenie na tej podstawie nie jest uzasadnione. O ile bowiem przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania oraz wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy mają charakter obiektywny, o tyle okoliczność, czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy ma już charakter ocenny. Tym też należy tłumaczyć treść pytania zawartego w części III sekcja C JEDZ. Wykonawca ma udzielić odpowiedzi na pytanie o zaistnienie okoliczności faktycznych i obiektywnych, natomiast w sytuacji, gdy odpowiedź na to pytanie brzmi „TAK - ma udzielić szczegółowych informacji na ten temat tak, aby zamawiający mógł dokonać oceny w zakresie trzeciej przesłanki wykluczenia (tak: wyrok KIO z dnia 13.12.2021 r., KIO 3467/21).

Jak słusznie zauważyła izba w wyroku z dnia 14.03.2022 r. (KIO 449/22), „odwołujący - który wiedział, że znajduje się w sporze z zamawiającym, który naliczył mu niebagatelną karę umowną za nienależyte wykonanie umowy w zakresie terminowości i nie uznał wniesionego przeciwko niemu powództwa - nie mógł obiektywnie twierdzić, a nawet przypuszczać, że naliczona kara pozostaje bez znaczenia dla oceny przesłanek art. 109 ust 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych. Przeciwnie, każdy rzetelnie działający wykonawca ma świadomość, że prawidłowym i powszechnie przyjętym w obrocie sposobem wypełniania JEDZ jest transparentne podanie okoliczności dotyczących naliczania kar, które mogą zostać kwalifikowane przez art 109 ust 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych i ewentualne opisanie swojego stanowiska w tym zakresie, co JEDZ umożliwia - także, gdy wykonawca jest przekonany, że nie powinien zostać wykluczony z przetargu. ”

Przenosząc powyższe uwagi na grunt tej sprawy, tym bardziej odwołujący, który dobrowolnie opłacił karę za odstąpienie od umowy w związku z niewykonaniem niemal połowy zamówionych dostaw, powinien był wraz z ofertą w oświadczeniu składanym na podstawie

art. 125 ust. 1 ustawy przedstawić zamawiającemu informację o tych okolicznościach a także skorzystać z instytucji samooczyszczenia, czego jednak nie uczynił. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO umożliwienie wykonawcy przedstawienia samooczyszczenia na każdym jego etapie, pomimo świadomości Wykonawcy co do wystąpienia przesłanki wykluczenia już na moment składania pierwotnego JEDZa, niewątpliwie prowadziłoby do zaburzenia tego ciągu czynności i naruszenia zasady przejrzystości postępowania, a także zasady równego traktowania wykonawców (wyrok KIO z 8.11.2022 r., KIO 2798/22). W konsekwencji zamawiający nie dostrzegł podstaw, aby wzywać odwołującego do złożenia wyjaśnień, ponieważ wobec jednoznacznych dowodów spełnienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, dodatkowe informacje i tak nie wpłynęłyby na zmianę decyzji zamawiającego.

Wbrew stanowisku odwołującego, okoliczności odstąpienia od umowy z RZI Kraków wypełniły wszystkie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy, obligując zamawiającego do wykluczenia go z postępowania 70/D.

W pierwszej kolejności, zamawiający zauważył, że nie każde uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia, ale takie, które ma charakter kwalifikowany. Muszą być to takie uchybienia, które zasadniczo zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwia osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. Na gruncie zaistniałego stanu faktycznego bezsprzecznie zobowiązanie, którego odwołujący nie wykonał w ramach umowy zawartej z RZI Kraków, było dla tej umowy istotne. Było to bowiem podstawowe i główne zobowiązanie umowne wykonawcy - dostawa mebli biurowych.

Jak wskazuje się w orzecznictwie skoro ustawodawca nie wskazał jaki stopień niewykonania zamówienia oznacza stopień znaczny, pojęcie to należy definiować każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. Jednym z kryteriów (zwłaszcza w braku innych) oceny czy niewykonana część zamówienia powinna być wartość niewykonanej jego części (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydziału Gospodarczego Odwoławczego z dnia 7.04.2022 r., XXIII Zs 15/22). W tym kontekście zakres naruszenia zobowiązania wynikającego z umowy na dostawę mebli biurowych na rzecz RZI Kraków był znaczny, bowiem jak wynika z pisma odwołującego z dnia 29.11.2021 r., nie wykonał on dostaw o wartości 45% wynagrodzenia umownego.

W dalszej kolejności zamawiający podkreślił, że do niewykonania wskazanej części umowy zawartej z RZI Kraków ewidentnie doszło z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Poza dobrowolnym uiszczeniem kary umownej, dowodem spełnienia powyższej przesłanki jest treść pisma odwołującego z dnia 29.11.2021 r., w którym odwołujący sam przyznał, że w postępowaniu na dostawę mebli biurowych na rzecz RZI Kraków popełnił błąd w wycenie oferty przez co zawierała ona rażąco niską cenę, o czym informował zamawiającego. W orzecznictwie akcentuje się, że w przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 kc,

zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego (tak: wyrok KIO z dnia 26.04.2022 r., KIO 918/22). W tym stanie rzeczy, wiedząc, że zaoferowana przez niego cena

najprawdopodobniej nie pozwoli na pokrycie kosztów realizacji całości zamówienia, Odwołujący powinien był odmówić zawarcia umowy, wnosząc ewentualnie o

niezatrzymywanie złożonego wadium lub też wnieść odwołanie do KIO w związku z naruszeniem przez zamawiającego art. 224 ust. 1 ustawy. Tymczasem mając pełną świadomość znaczącego zaniżenia ceny ofertowej względem realiów rynkowych, odwołujący zdecydował o podpisaniu umowy z RZI Kraków i przystąpił do realizacji zamówienia na dostawę

mebli biurowych, licząc się z realną możliwością niewykonania dostaw w pełnym zakresie. O powyższym świadczy stwierdzenie odwołującego zawarte w piśmie z dnia 29.11.2021 r. cyt.: „Ponieważ odstąpienie od umowy wiązało się z karą umowną 10% wartości umowy (tj. ok. 45.197,58 zł brutto) a zależało nam także na reputacji firmy i perspektywach dobrej współpracy z Rejonowym Zarządem Infrastruktury Kraków w przyszłości, podjęliśmy decyzję o realizacji dostaw w takim zakresie, jaki jest tylko możliwy." Zauważył w tym miejscu, że w świetle przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy wskazana podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Wykazania wymaga jedynie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, co jest pojęciem szerszym niż „zawinienie". Przesłanka rozwiązania umowy „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy" nie jest równoznaczna przesłance winy wykonawcy, bowiem obejmuje nie tylko zawinienie wykonawcy, ale także inne, niezawinione, okoliczności występujące po jego stronie. Nadal jednak muszą one odnosić się do wykonawcy (tak: wyrok KIO z dnia 10.03.2022 r., KIO 473/22).

W związku z powyższym nie sposób podzielić argumentacji odwołującego zaprezentowanej w odwołaniu, że cyt.: „niewykonanie zamówienia było skutkiem przyczyn zewnętrznych, niemożliwych do przewidzenia przez wykonawcę", skoro już cena ofertowa była znacząco niedoszacowana, z czego odwołujący w pełni zdawał sobie sprawę. Nie bez znaczenia jest w tym kontekście również okoliczność, że otwarcie ofert w postępowaniu na dostawę mebli biurowych na rzecz RZI Kraków nastąpiło ponad szesnaście miesięcy po wprowadzeniu stanu epidemii (tj. w dniu 8.07.2021 r. - vide pismo odwołującego z 22.11.2021 r.), a zatem w czasie gdy wykonawcy zdążyli już przyzwyczaić się do ograniczeń z tym związanych i powinni byli z większą ostrożnością dokonywać szacowania ceny ofertowej. Podobnie odwołujący jako podmiot profesjonalny, opracowując ofertę do postępowania na dostawę

mebli biurowych na rzecz RZI Kraków, mógł i powinien był zgodnie z obserwowaną od ponad roku tendencją przewidzieć możliwość dalszego wzrostu cen, stosownie podwyższając cenę ofertową, W tej sytuacji, wobec wiadomego odwołującemu błędu w kalkulacji ceny, decyzja o podpisaniu umowy i przystąpieniu do realizacji dostaw stanowiła wyłączne ryzyko odwołującego i nie może on powoływać się na ziszczenie okoliczności mających wpływ na wykonanie zamówienia, które przy dołożeniu należytej staranności były z łatwością możliwe do przewidzenia przed podpisaniem umowy z RZI Kraków.

Co znamienne, w trakcie realizacji zamówienia odwołujący nie występował do RZI Kraków o zmianę wysokości wynagrodzenia umownego ze względu na niemożliwy do przewidzenia, spowodowany pandemią wzrost cen lub przerwanie łańcuchów dostaw wpływające na brak możliwości należytego wykonania umowy, na co zezwalał przecież art. 15r tzw. specustawy COVID-19. Odwołujący zwracał się jedynie o wydłużenie terminu umownego dostaw, na co RZI Kraków wyraził zgodę, a mimo to niemal połowa zamówienia nie została przez odwołującego w ogóle zrealizowana. Powyższe okoliczności świadczą o braku wykonania części zamówienia z przyczyn leżących ewidentnie po stronie odwołującego.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 12.10.2023 r. (nr wych. 5555/23), pismo RZI Kraków z dnia 16.10.2023 r. (nr 4297A/III) z załącznikami

Nie sposób przy tym uwzględnić zawartej w odwołaniu argumentacji, że o braku spełnienia przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy miałaby świadczyć postawa RZI Kraków, który w kolejnych prowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych wszczętych w okresie po rozwiązaniu umowy z odwołującym, nie wykluczał odwołującego z powyższej przyczyny, lecz dokonywał merytorycznej oceny złożonych przez niego ofert. Jak wynika bowiem z pisemnej informacji uzyskanej z RZI Kraków z dnia 16.10.2023 r., w ww. postępowaniach zamawiający przewidział w SWZ, że stosować będzie tzw. procedurę odwróconą (art. 139 ustawy), w związku z czym dokonywał badania i oceny wszystkich ofert, a następnie jedynie wobec wykonawcy ocenionego najwyżej, dokonywał kwalifikacji podmiotowej w zakresie weryfikacji braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oferty odwołującego plasowały się na niższych miejscach w rankingu, stąd brak było podstaw do wzywania go do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, a co za tym idzie - do wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 12.10.2023 r. (nr wych. 5555/23), pismo RZI Kraków z dnia 16.10.2023 r. (nr 4297A/III) z załącznikami

Przechodząc do kwestii wymaganego przepisem art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy skutku niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania umownego, o ile w ramach poprzedniej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy musiało się wiązać z rozwiązaniem umowy lub zasądzeniem

odszkodowania, obecnie w ramach konsekwencji zaniedbań wykonawcy wystarczające jest wykazanie, że doprowadziły one do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub skorzystania z uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Powyższe sankcje ustawodawca rozdzielił spójnikami „lub", co oznacza, że do spełnienia warunku umożliwiającego wykluczenie wykonawcy wystarczające jest wystąpienie przynajmniej jednej z nich, wystąpienie kilku łącznie tym bardziej pozwała na rozważenie, czy powinno dojść do wykluczenia wykonawcy, (tak: M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 109.) W tej sprawie doszło zaś do zaistnienia aż dwóch z wymienionych wyżej skutków - odstąpienia od umowy oraz odszkodowania (kary umownej). Wbrew stanowisku odwołującego przepis art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy nie wymaga, aby oświadczenie o odstąpieniu od umowy o zamówienie publiczne zostało złożone przez zamawiającego. W ramach zamówienia realizowanego na rzecz RZI Kraków odstąpienie od umowy przez odwołującego było skutkiem niewykonania dostaw w znacznym zakresie i wyrazem formalnej rezygnacji odwołującego z kontynuacji umowy w wyniku błędnych decyzji podjętych na etapie szacowania ceny ofertowej i podpisania kontraktu.

Związek przyczynowy jest ewidentny - gdyby odwołujący wykonał zamówienie w pełnym zakresie i należycie, nie odstąpiłby od umowy. O tym, że do niewykonania zamówienia oraz odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie odwołującego i jego oświadczenie w tym zakresie było skuteczne, świadczy niezbicie fakt dobrowolnej zapłaty przez odwołującego kary umownej, która została naliczona na podstawie § 10 ust. 1 pkt 1 lit. d) umowy nr 17/2021/SSp/SZP z dnia 16.08.2021 r., tj. „za odstąpienie od umowy w części przez Sprzedawcę z przyczyn występujących po stronie Sprzedawcy" Gdyby odwołujący rzeczywiście twierdził, że przyczyną niewykonania zamówienia była wywołana pandemią nadzwyczajna zmiana stosunków pozostająca poza zakresem jego odpowiedzialności lub że oświadczenie o odstąpieniu od umowy było de facto wnioskiem o jej rozwiązanie za porozumieniem stron, z całą pewnością nie uiściłby ww. kary. Odmienne twierdzenia odwołującego w tym przedmiocie przedstawione w odwołaniu należy uznać jako nieudolną próbę uniknięcia konsekwencji zasadnego wykluczenia go z postępowania prowadzonego przez zamawiającego.

Dowód: umowa nr 17/2021/SSp/SZP z dnia 16.08.2021 r., nota obciążeniowa nr 1/2021/SSp z 15.12.2021 r. wraz z korektą z 15.06.2023 r. - załączniki do pisma RZI Kraków z 16.10.2023 r. (4297/yill)

Odnosząc się do kwestii odszkodowania, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy, jak wskazano m. in. w wyroku KIO z dnia 28 marca 2022 r., sygn. akt: KIO 665/22: „Też kara umowna, a nie tylko odszkodowanie stanowi przesłankę przewidzianą w art. 109 ust 1 pkt 7 p.z.p. służącą do wykluczenia z postępowania. Z art. 483 § 1 k.c. wynika, że kara umowna

ma na celu "naprawienie szkody", można więc uznać, że jest ona swoistą postacią odszkodowania. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Tak więc stanowisko co do nieobjęcia przez art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. "kar umownych" z racji użycia w nim zwrotu "odszkodowania" jest zbyt formalistycznym w kontekście art. 8 ust. 1 p.z.p. nakazującego stosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców przepisów kodeksu cywilnego." Zgodnie z art. 483 § 2 Kodeksu cywilnego można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Kara umowna stanowi zatem zryczałtowane odszkodowanie wyrażone w umowie, należne wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania przez dłużnika zobowiązania niepieniężnego. Co za tym idzie na tle stosowania art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy można przyjąć, że kara umowna zastępuje odszkodowanie należne wierzycielowi. (P. Sendrowski, Możliwość wykluczenia nierzetelnego wykonawcy z postępowania, LEX/el. 2022.). Z tego względu nieuzasadnione byłoby różnicowanie sytuacji prawnej i faktycznej wykonawców, na których z uwagi na nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego nałożono karę umowną od sytuacji wykonawców, którzy ponieśli odpowiedzialność odszkodowawczą z tego tytułu na podstawie art. 471 Kodeksu cywilnego w sądowym lub pozasądowym trybie (tak: wyrok KIO z dnia 19.11.2021 r., KIO 3078/21).

W podobnym tonie wyraziła się Izba również w wyroku z dnia 19 listopada 2021 r. (sygn. akt: KIO 3078/21), w którym wskazano, że „W pojęciu "odszkodowania" użytym w art. 109 ust 1 pkt 7 p.z.p. mieścić się będą również ustalone w umowie w oparciu o art. 483 §1 k.c. kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Natomiast podkreślić należy, że nie każda kara umowna automatycznie będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., lecz jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy. "

Na kanwie tej sprawy, zważywszy na brak realizacji znacznej części zamówienia pod koniec roku budżetowego, co skutkować musiało koniecznością zwrotu przez zamawiającego niewykorzystanych środków budżetowych i brakiem możliwości wyłonienia innego wykonawcy do dokończenia zleconych odwołującemu dostaw, naliczona przez RZI Kraków kara umowna niewątpliwie miała charakter odszkodowawczy. O kompensacyjnej funkcji wymienionej sankcji świadczy zresztą treść umowy, od której odstąpił odwołujący. W § 10 ust. 1 i 4 ww. umowy postanowiono bowiem, że strony ustanawiają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w formie kar umownych, a jeśli zastrzeżona kara nie pokryje poniesionej szkody, strony mogą dochodzić odszkodowania uzupełniającego na ogólnych zasadach.

Dowód: pismo RZI Kraków z dnia 16.10.2023 r. (nr 4297/VIII) z załącznikami

Celem art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy jest eliminacja z postępowania wykonawców nierzetelnych, którzy z powodu nienależytej realizacji zamówień utracili zaufanie zamawiającego i co do których istnieje ryzyko, że nie wykonają kolejnego zamówienia w sposób należyty. Powyżej przedstawione argumenty wskazują, że w tej sprawie ziściły się kumulatywnie wszystkie przesłanki wykluczenia odwołującego z części I i II postępowania 70/D w oparciu o ww. przepis ustawy.

W konsekwencji zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 109 ust. 3 ustawy „W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1-5 tub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy; jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia. " Użyte przez ustawodawcę określenie „w sposób oczywisty nieproporcjonalne" jest pojęciem nieostrym, niedookreślonym. Przepis posługuje się klauzulą generalną, której granice są trudne do uchwycenia i standaryzacji. Już ustalenie samej nieproporcjonalności jest trudne, a ocenę komplikuje to, by ta nieproporcjonalność miała także charakter oczywisty. W związku z powyższym po stronie zamawiającego pozostaje pewien zakres uznaniowości, czy w konkretnym wypadku określony stan faktyczny uzasadnia stwierdzenie, że zachodzi oczywista nieproporcjonalność wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Decydując się na odstąpienie od wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 3 ustawy, zamawiający musi być jednak w stanie wykazać, że w danym przypadku ma do czynienia z oczywistą nieproporcjonalnością wykluczenia. Na gruncie zasady przejrzystości i zasady równego traktowania wykonawców na zamawiającym ciąży w takim przypadku powinność należytego uzasadnienia swojego działania i zakomunikowania jego motywów wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ocena dokonywana przez instytucję zamawiającą nie może być zatem oceną dowolną, musi znajdować ona obiektywne uzasadnienie w okolicznościach stanu faktycznego i musi zostać dokonana z poszanowaniem zasad ogólnych wskazanych w art. 16 i 17 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (wyrok KIO z 19.04.2022 r., KIO 907/22)

Jak wskazuje się w orzecznictwie zastosowanie art. 109 ust. 3 ustawy będzie możliwe w szczególności, gdy podstawą wykluczenia będą pewne drobne nieprawidłowości czy uchybienia o niewielkiej skali lub znaczeniu. Należy także mieć na uwadze, że w art. 109 ust. 3 ustawy mowa jest o sytuacjach, kiedy wykluczenie wykonawcy z postępowania byłoby nieproporcjonalne w sposób oczywisty, czyli ta nieproporcjonalność musiałaby być rażąca, widoczna na pierwszy rzut oka, prowadzić do obiektywnie nieuzasadnionego pokrzywdzenia

wykonawcy (tak: wyrok KIO z dnia 19.04.2022 r., KIO 907/22).

W ocenie zamawiającego z tego rodzaju oczywistą nieproporcjonalnością nie mamy do czynienia w tej sprawie. Jak wynika z pism RZI Kraków oraz oświadczenia odwołującego z dnia 29.11.2021 r. o odstąpieniu od umowy, Odwołujący nie zrealizował głównego obowiązku umownego, tj. nie dostarczył zamówionych mebli o wartości stanowiącej blisko połowę wartości całego zamówienia. Do powyższej sytuacji doszło pomimo pełnej świadomości odwołującego o znaczącym zaniżeniu ceny ofertowej, co mogło nie pozwalać na realizację zamówienia w umówionym zakresie. Mimo tego odwołujący na własne ryzyko zdecydował się podpisać umowę, narażając zamawiającego na brak otrzymania kompletnego umeblowania tuż przed końcem roku budżetowego, co wskazuje na działanie odwołującego w warunkach rażącego niedbalstwa. W efekcie zawinionych działań odwołującego cel umowy - dostawa kompletnego asortymentu w umówionym terminie - nie został osiągnięty. Powyższe okoliczności nie pozwalają na uznanie, że odwołujący działał „w stanie wyższej konieczności", a zastosowana przez zamawiającego w tym postępowaniu sankcja ma charakter oczywiście nieproporcjonalny w stosunku do wagi i skutków przewinienia odwołującego. Wobec powyższych przesłanek sama okoliczność, że odwołujący zapłacił w związku z odstąpieniem od umowy z RZI Kraków karę umowną w wysokości 20.000 zł, którą subiektywnie uznaje on za karę o niewielkiej wartości względem wartości całego zamówienia i skali prowadzonej działalności, nie może uzasadniać odstąpienia od wykluczenia go w tym postępowaniu, gdyż charakter i skala uchybienia, którego się dopuścił, były poważne, co nie pozwala na stwierdzenie, że Odwołujący daje rękojmię należytego wykonania umowy w przyszłości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, oferty odwołującego i podmiotowych środków dowodowych złożonych przez odwołującego, wniosków o udzielenie informacji skierowanego przez zamawiającego do Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Olsztynie i udzielonej odpowiedzi, informacji o wyniku postępowania w części I i II, dowodów dołączonych do pisma odwołującego z 20 października 2023 r. i dowodów dołączonych do odpowiedzi na odwołanie.

Na podstawie SWZ Izba ustaliła, że:

VII. Podstawy wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy:

1. Zamawiający przewiduje, na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 i 7 ustawy, wykluczenie Wykonawcy:

pkt 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 7, Zamawiający może nie wykluczyć wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Na podstawie art. 110 ust. 2 Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 4, 7, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Zamawiający ocenia, czy podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa powyżej, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy. Jeżeli podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa powyżej, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza Wykonawcę.

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wymaga się, aby żaden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4) i 7) ustawy.

Zgodnie z art. 110 ust. 1 ustawy, Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 111 ustawy, wykluczenie Wykonawcy następuje:

1) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–g i pkt 2 ustawy, na okres 5 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia;

2) w przypadkach, o których mowa w:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h i pkt 2 ustawy, gdy osoba, o której mowa w tych przepisach, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h ustawy – na okres 3 lat od dnia uprawomocnienia się odpowiednio wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, wydania ostatecznej decyzji lub zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, chyba że w wyroku lub decyzji został określony inny okres wykluczenia;

3) w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, na okres, na jaki został prawomocnie orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

4) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9 ustawy, na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia;

5) w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy i art. 109 ust. 1 pkt 6 ustawy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym zaistniało zdarzenie będące podstawą wykluczenia.

Zamawiający w części II wezwał odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Na skutek tego wezwania odwołujący złożył:

JEDZ, gdzie w części III sekcja C odwołujący udzielił następującej odpowiedzi:

rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje

Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?

Proszę podać odpowiedź

OTak

• Nie

Jednocześnie w dniu 15 września 2023 r. odwołujący oświadczył, że oświadczenia o braku postaw wykluczenia, w tym z art. 109 ust. 1 pkt 7 pozostają aktualne.

W dniu 19 września 2023 r. P.P.U.H "NOVCAN" W. N. powiadomił zamawiającego, że

Wykonawca Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o. z Białegostoku w roku 2021 realizował dostawę mebli w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, procedowanego na platformie zakupowej (ID: 466950) dla Rejonowego Zarządu Infrastruktury z Krakowa. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została

opublikowana w dniu 2021-07-30, zgodnie z którą Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" Sp. z o.o. otrzymało 100 pkt o zostało wybrane przez zamawiającego. Z zapisów specyfikacji warunków zamówienia wynikało, że Rejonowy Zarząd Infrastruktury z Krakowa wymagał, aby dostawa została zrealizowana w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy. Z informacji uzyskanych od Pana K. K. - Szefa Zarządu Rejonowego Zarządu Infrastruktury z Krakowa wynika, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" Sp. z o.o. z Białegostoku pismem z dnia 29 listopada 2021 r. poinformował o rozwiązaniu umowy Nr 17/2021/SSp/SZP i odmowie realizacji dostaw mebli biurowych, które były objęte postępowaniem. Nagłe i niezapowiedziane rozwiązanie umowy spowodowało, że blisko połowa wartości kontraktu została niewykonana. Wobec zaistniałej sytuacji wykonawca tytułem odstąpienia od umowy z przyczyn występujących po jego stronie został obciążony karą umowną. Kwota jaka stanowiła podstawę do naliczenia kary umownej, zgodnie z notą obciążeniową Nr 1/2021/SSp wynosiła 451 975,80 zł. Rejonowy Zarząd Infrastruktury z Krakowa został pozbawiony możliwości dostaw mebli biurowych wyłącznie z winy wykonawcy – Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół „CEZAS".

Uwzględniając powyższe informacje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 70/D pn. Dostawa pozostałego sprzętu kwaterunkowego z podziałem na III części, prowadzonym przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" Sp. z o.o. z Białegostoku winna zostać wykluczona na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy. Zamawiający w tym postępowaniu przetargowym wskazał jako przesłanki wykluczenia tzw. przesłanki fakultatywne, określone w szczególności w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Nadto w postępowaniu przetargowym zamawiający wymagał zastosowania i złożenia formularza JEDZ. Skutkiem wskazania w SWZ i w ogłoszeniu, że zamawiający będzie stosował w/w przesłanki wykluczenia, jest obowiązek wypełnienia przedmiotowego punktu w formularzu JEDZ – przez zaznaczenie odpowiedniej odpowiedzi. A zatem odpowiedź na pytanie mieszczące się w pozycji formularza JEDZ powinna być zawsze udzielana – zgodnie z brzmieniem wskazanych przepisów – z uwzględnieniem przyczyn leżących po stronie wykonawcy i zawsze w oparciu o ocenę zaistniałych w danej sprawie okoliczności faktycznych. Analiza Jednolitego Europejskiego dokumentu zamówienia, złożonego przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" wobec przedstawionych faktów wykazała, że poświadczył on nieprawdę, co wykazuje poniższy wyciąg z dokumentu JEDZ.

Ustawodawca wskazał w art. 111 pkt 4 ustawy, że w przypadkach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7 i 9, wykluczenie Wykonawcy następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wobec powyższych faktów jest jednoznaczne i zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyklucza 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. Z korespondencji pomiędzy Przedsiębiorstwem Zaopatrzenia Szkół „CEZAS", a Rejonowym Zarządem Infrastruktury z Krakowa wprost wynika, że wykonawca samodzielnie poinformował zamawiającego o rozwiązaniu i odstąpieniu od realizacji umowy i z własnej winy nie zrealizował dostaw, co było bezpośrednią przyczyną obciążenia go karami umownymi. Tym samym z winy Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" doszło do niewykonania niemalże połowy zakresu dostaw wynikających z zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co stanowiło znaczną wartość w odniesieniu do całości zamówienia i doprowadziło do sporych problemów po stronie zamawiającego. Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy co do zasady stanowi sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Jest to okoliczność powodująca, że zamawiającemu przysługiwało odszkodowanie, które należy interpretować szeroko zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje"). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także wszelkie jego surogaty, takie jak wskazana w art. 483 kodeksu cywilnego kara umowna.

Tym samym wykonawca wniósł o rzetelne i kompleksowe dokonanie przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie weryfikacji prawdziwości informacji i prawidłowości oświadczeń złożonych przez Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" Sp. z o.o. z Białegostoku i uwzględnienie okoliczności faktycznych, które zostały powyżej ujawnione i dotyczyły niewykonania umowy u innego zamawiającego oraz poświadczenia nieprawdy w dokumencie JEDZ. Wynik weryfikacji powinien prowadzić do jednoznacznego wniosku, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy, a jego oferta winna być odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7.

Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" Sp. z o.o. wprowadziło zamawiającego w błąd przez zatajenie informacji o niezrealizowaniu umowy na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury z Krakowa. Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy z postępowania o udzielenie

zamówienia zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Przepis transponuje art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy klasycznej. Stosownie do tego przepisu zamawiający wyklucza wykonawcę, jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59 dyrektywy klasycznej. Podstawa wykluczenia dotyczy informacji, które były wymagane do weryfikacji braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Objęte nią są więc informacje zawarte w JEDZ, w podmiotowych środkach dowodowych oraz ewentualnych wyjaśnieniach dotyczących treści tych dokumentów.

Wobec wystąpienia przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy nie zachodzą podstawy umożliwiające zastosowanie art.

109 ust. 3 ustawy, które przewidują możliwości odstąpienia od wykluczenia, jeżeli wykluczenie byłoby w oczywisty sposób nieproporcjonalne.

Kumulatywne wystąpienie przesłanek wykluczenia z art. 109 ustawy oraz wprowadzenie zamawiającego w błąd przez niewłaściwe wskazanie informacji w dokumencie JEDZ winno skutkować sankcjami względem wykonawcy w postaci jego wykluczenia.

W dniu 20 września 2023 r. zamawiający wystąpił do RZI w Krakowie z prośbą o udzielenie informacji na temat realizowanego przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie zamówienia publicznego polegającego na dostawie mebli biurowych (nr umowy 17/2021/SSp/SZP) przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku. Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Olsztynie prowadzi obecnie postępowanie przetargowe pod nazwą: „Dostawa pozostałego sprzętu kwaterunkowego z podziałem na III części - postępowanie nr 70/D". W części II tego postępowania najkorzystniejszą ofertę złożył Wykonawca Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" Sp. z o.o., ul. Aleja Solidarności 15, 15-751 Białystok. W trakcie procedowania ww. postępowania otrzymaliśmy od Wykonawcy P.P.U.H. „NOVCAN" W. N. zawiadomienie o poświadczeniu nieprawdy w złożonym przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" Sp. z o.o. dokumencie JEDZ oraz zatajeniu nieprawidłowości powstałych z winy tego Wykonawcy w trakcie realizacji umowy dotyczącej prowadzonego przez RZI w Krakowie postępowania nr 15/2021/ZP/SSp Dostawa mebli biurowych.

W związku z powyższym prosił o potwierdzenie okoliczności rozwiązania przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" Sp. z o.o. ww. umowy

W dniu 21 września 2023 RZI w Krakowie odpowiedział:

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie, w odpowiedzi na pismo Nr 4989/23 z dnia 20.09.2023 r., w sprawie udzielenia informacji o Wykonawcy z którym zawarto umowę Nr 17/2021/SSp/SZP w postępowaniu pn. „Dostawa mebli biurowych', informuje, jak poniżej: 1) Umowa Nr 17/2021/SSp/SZP została zawarta w dniu 16.08.20201 r., z Wykonawcą:

Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół "CEZAS" Sp. z o.o., ul. Aleja Solidarności 15, 15-751 Białystok,

2) Wykonawca w dniu 29.11.2021 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr

17/2021/SSp/SZP z dnia 16.08.2021 r., w związku z tym umowa uległa rozwiązaniu z

przyczyn leżących po stronie wykonawcy i zostały naliczone kary umowne z tytułu odstąpienia od niewykonanej części umowy - w załączeniu oświadczenie wykonawcy o odstąpieniu od umowy.

Wraz z pismem odwołującego z 29 listopada 2021 r.:

„Nawiązując do w/w umowy Zarząd Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" sp. z o.o. w Białymstoku uprzejmie informuje, że z dniem dzisiejszym zostały zakończone dostawy w zakresie o jakim wcześniej byli informowani przedstawiciele RZI Kraków. Zrealizowane dostawy o wartości 248.934,78 zł brutto stanowią ok. 55% wartości dostaw objętych w/w umową. Z przyczyn obiektywnych, niezależnych od Wykonawcy, nie było możliwości realizacji tej umowy w pełnym zakresie, bez narażenia na rażącą stratę spółki, zagrażającą jej dalszej egzystencji.

Informując Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie o niemożności wykonania dalszego świadczenia, korzystając z regulacji przewidzianej w § 10 w/w umowy oraz art. 395 § 1 kodeksu cywilnego, Zarząd Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" sp. z o.o. w Białymstoku składa oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr 17/2021/SSp/SZP z dnia 16.08.2021 r. w części dotychczas niewykonanej, wobec nadzwyczajnej zmiany stosunków, co stanowi przesłankę do rozwiązania umowy przewidzianą w art. 357(1) § 1 kodeksu cywilnego. Dlatego też przedstawiamy poniżej okoliczności uzasadniające nasze stanowisko. Przetarg w tej sprawie został ogłoszony w dniu 07.06.202 lr. a otwarcie ofert nastąpiło w dniu 08.07.2021 r. (informacja w załączeniu). Oferta Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkól „CEZAS" sp. z o.o. w Białymstoku (451.975,80 zł brutto) w związku z błędem popełnionym w wycenie, zawierała rażąco niską cenę, a przez to dawała podstawy do jej odrzucenia przez zamawiającego, co wynika z kryterium przewidzianym w ustawie Prawo Zamówień Publicznych. Następna w kolejności oferta na kwotę 638.234,70 zł brutto, była wyższa od oferty Cezasu o kwotę 186.258,90 zł brutto.

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie nie wezwał naszej spółki do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (czym naszym zdaniem naruszył przepisy art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy USTAWY) i pismem z dnia 13 lipca 2021 znak 2570/VIII (w załączeniu) wezwał do złożenia

podmiotowych środków dowodowych. Ponieważ nie złożenie tych dokumentów groziło utratą 12 tysięcy zł wniesionego wadium, spółka uzupełniła wymagane dokumenty w dniu 22.07.202lr. i równocześnie pismem z dnia 23.07.2021r.(w załączeniu) wystąpiło do Szefa RZI Kraków z informacją, że w związku z błędną kalkulacją oferty i wystąpieniem rażąco niskiej ceny jesteśmy zmuszeni do odstąpienia od naszej oferty wnosząc o niezatrzymywanie złożonego wadium.

Pismem z 27 lipca 2021 r. (znak 2764/VII - w załączeniu) RZI Kraków wystąpił o wyjaśnienie złożonych podmiotowych środków dowodowych. Odpowiadając na to pismo PZS „CEZAS" sp. z o.o. przesłał pism z dn. 28.07.202 lr. podtrzymując stanowisko w/s rażąco niskiej ceny i braku możliwości wykonania świadczenia.

W dniu 30.07.2021 RZI Kraków pismem nr. 2800/VIIi (w załączeniu) odniósł się do ceny oferty Cezasu uznając, że

pomimo spełnienia przesłanek ustawowych do uznania jej za rażąco niską stwierdził, że rozbieżność cen złożonych w przetargu wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Przyjęta przez RZI Kraków argumentacja przytoczona w przywołanym piśnie nie wytrzymuje krytyki zarówno formalno-prawnej jak i racjonalno-praktycznej. PZS „CEZAS" sp. z o.o. w Białymstoku nie żądało wycofania oferty po terminie jej złożenia, ale uznania tej oferty za rażąco niską i zażądania wyjaśnień, czego w tej sprawie Zamawiający świadomie nie uczynił, mimo wyraźnego stanowiska Wykonawcy. Przywoływane orzecznictwa KIO w tej kwestii dotyczące wycofania złożonej oferty było bezprzedmiotowe.

W tym samym dniu 30 lipca 2021r. pismem nr 280WIII RZI Kraków poinformował o wyborze oferty „Cezasu" jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu. Pismem z 04 sierpnia 2021r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do stawienia się do dnia 10.08.2021r. do godz. 14.00 w siedzibie zamawiającego w celu zawarcia umowy, informując ponadto, że w przypadku niestawienia się, Zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami.

Ostatecznie umowa została zawarta w dniu 16.08.202lr. w siedzibie Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Krakowie, z przesuwanym kilkukrotnie terminem realizacji ustalonym ostatecznie na dzień 30.11.2021r.

Decyzja o podpisaniu w tych okolicznością umowy przez Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" sp. z o.o. była z jednej strony motywowana obawą przed utratą wadium z drugiej natomiast, przyjętą w uzgodnieniu z naszymi partnerami koncepcją realizacji przetargu przy maksymalnie obniżonych kosztach, rezygnacji z marży zysku i nadzieją na dalszą współpracę z zamawiającym.

Niestety, rzeczywistość rynkowa zaskoczyła nas bardziej negatywnie niż byliśmy to w stanie przewidzieć.

Ceny materiałów, komponentów, energii itp. wzrosły od 20 - do niekiedy nawet 100%. To, co w chwili podpisania umowy wydawało się jeszcze możliwe do zrobienia przy zerowej marży,

po miesiącu przynosiło marżę ujemną - 20%.

Ponieważ odstąpienie od umowy wiązało się z karą umowną 10% wartości umowy(tj. ok. 45.197,58 zł brutto) a zależało nam także na reputacji firmy i perspektywach dobrej współpracy z Rejonowym Zarządem Infrastruktury Kraków w przyszłości, podjęliśmy decyzję o realizacji dostaw w takim zakresie, jaki jest tylko możliwy.

O planowanym zakresie dostaw informowaliśmy drogą mailową przedstawicieli RZI Kraków, aby można było podjąć z wyprzedzeniem ewentualną decyzje w/s możliwych uzupełnień dostaw we właściwym trybie.

Na ten moment, tj. 29.11.2021 r. zrealizowane przez PZS „CEZAS" sp. z o. o w Białymstoku dostawy o wartości 248.934,78 stanowią ok. 55% wartości całkowitej, wynikającej z umowy. Dalsza realizacja dostaw zagraża egzystencji spółki i nie może być zrealizowana także w związku z ewentualnym zarzutem pod adresem Zarządu o działaniu na niekorzyść spółki! Natomiast nawet częściowe wykonanie umowy przynosi RZI Kraków ewidentną korzyść, gdyż w wyniku wyboru innego oferenta wydatkowana kwota przy tej samej skali dostaw byłaby znacznie wyższa.

Dlatego też jako Zarząd Spółki, zmuszony jestem poinformować Zarząd RZI Kraków o odstąpieniu od realizacji pozostałej części dostaw z przyczyn, które zostały przedstawione powyżej. Proszę Zarząd RZI Kraków o przyjęcie do akceptującej wiadomości odstąpienie przez Wykonawcę od umowy i z powodu zaistniałych okoliczności nie naliczanie kary z tytułu odstąpienia od niewykonanej części umowy. Prawo Zamówień Publicznych nakłada na strony obowiązek współpracy przy realizacji zamówienia publicznego. Pozytywna decyzja RZI Kraków w tej sprawie byłaby dobrym dowodem na taką współpracę w tych trudnych dla wszystkich czasach.

Przepis art. 357' § 1 kodeksu cywilnego przewiduje możliwość zmiany sposobu wykonania umowy lub jej rozwiązania z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków grożącej jednej ze stron rażącą stratą przez Sąd, niemniej jednak zasada swobody umów wynikająca z art. 353(1) kodeksu cywilnego pozwala na wspólne uregulowanie tej nadzwyczajnej sytuacji bez potrzeby korzystania z drogi sądowej."

W dniu 26 września 2023 r. zamawiający ponownie zwrócił się do RZI w Krakowie z prośbą o udzielenie informacji, czy naliczona kara umowna została przez Wykonawcę zapłacona dobrowolnie, potrącona z wynagrodzenia, czy może toczy się spór sądowy o jej zapłatę.

Powyższe informacje zostaną wykorzystane do wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7), a w przyszłości również z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy oraz z racji zatajenia tych informacji przez wykonawcę w postępowaniu prowadzonym przez RZI w Olsztynie w 2022 roku, czego skutkiem ostatecznie był wybór tego Wykonawcy do realizacji zamówienia, do przekazania sprawy do Żandarmerii Wojskowej.

W dniu 26 września 2023 r. RZI w Krakowie odpowiedział:

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie, w odpowiedzi na pismo Nr 5134/23 z dnia 25.09.2023 r., informuje, że naliczona kara umowna została przez Wykonawcę zapłacona dobrowolnie. W przedmiotowej sprawie nie toczy się spór sądowy.

W dniu 27 września 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania w części I: 2. Zamawiający odrzucił w części I postępowania ofertę Wykonawcy Przedsiębiorstwo

Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o., ul. Aleja Solidarności 15, 15-751 Białystok.

Uzasadnienie faktyczne:

W związku z faktem, że oferta Wykonawcy Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o., ul. Aleja Solidarności 15, 15-751 Białystok, została oceniona najwyżej w części II postępowania, pismem nr 4774/23 Zamawiający wezwał tego Wykonawcę do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów, składanych na wezwanie, w zakresie oraz formie zgodnej z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SWZ.

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o., w dniu 15.09.2023 r. przesłał wymagane dokumenty, zarejestrowane pod nr 9150/23 dnia 18.09.2023 r. W toku analizy tych dokumentów Zamawiający powziął informację, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o. odstąpił w 2021 roku od wykonania umowy zawartej z RZI w Krakowie na „Dostawę mebli biurowych”, nie zrealizował znacznej części dostawy oraz naliczono mu z tego tytułu kary umowne. W celu weryfikacji pozyskanej informacji zamawiający zwrócił się do RZI w Krakowie o

przedstawienie stanowiska. RZI w Krakowie pismem nr 9330/23 z dnia 21.09.2023 r. potwierdził, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o. w dniu 29.11.2021 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy na dostawę mebli biurowych, w związku z czym umowa uległa rozwiązaniu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy i zostały mu naliczone kary umowne. Do powyższego pisma dołączono oświadczenie Wykonawcy Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o. o odstąpieniu od umowy, z którego wynika, że Wykonawca nie zrealizował dostaw o wartości ok. 45% całkowitego wynagrodzenia umownego. RZI w Krakowie pismem nr 9512/23 z dnia 26.09.2023 r. poinformował, że naliczona kara została zapłacona przez Wykonawcę dobrowolnie. Powyższe okoliczności Wykonawca Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o. zataił w złożonym dokumencie Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, w którym oświadczył, że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego została rozwiązana przed czasem, w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje. Wykonawca Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o. zgodnie z art. 110 ust. 2 ustawy, mógł skorzystać z procedury self-cleaningu. Nie wykazał jednak, by podjął przewidziane w

takiej sytuacji działania naprawcze, określone Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz w art. 110 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ww. Wykonawca potwierdził aktualność informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy (JEDZ) w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, składając oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania.

Uzasadnienie prawne:

Art. 226 ust. 1 pkt 2) lit a) ustawy:

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania;

Art. 109 ust. 1 pkt 7) ustawy:

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

7) 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.

Oferta odwołującego nie była ofertą, która w części I, mogła być oceniona jako najkorzystniejsza z uwagi na zaoferowaną cenę.

W dniu 28 września 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania w części II, podając analogiczne uzasadnienie, przy czym w tej części oferta odwołującego została przez zamawiającego oceniona jako najkorzystniejsza.

Dowody odwołującego:

Umowa nr 17/2021/SSp/SZP z dnia 16 sierpnia 2021 r. z Rejonowym Zarządem Infrastruktury w Krakowie

§4

1. Za prawidłowe i kompletne wykonanie przedmiotu umowy Kupujący zapłaci

Sprzedawcy cenę w łącznej, maksymalnej kwocie brutto 451.975,80 zł (słownie: czterysta pięćdziesiąt jeden tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt pięć złotych 80/100), w tym należny podatek VAT zgodnie z obowiązującą stawką w

wysokości 23%),

2. Łączna maksymalna cena określona w ust.1 stanowi sumę wartości brutto

zamówienia podstawowego i maksymalnej wartości brutto zamówienia objętego prawem opcji.

3. Strony ustalają cenę za zamówienie podstawowe na kwotę brutto w wysokości

408.396,90 złotych, (słownie czterysta osiem tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt sześć złotych 90/100), (w tym należny podatek VAT zgodnie z obowiązującą stawką w wysokości 23%)

4. Strony ustalają maksymalną cenę za zamówienie objęte prawem opcji na kwotę

brutto w wysokości 43.578,90 zł (słownie czterdzieści trzy tysiące pięćset siedemdziesiąt osiem złotych 90/100), (w tym należny podatek VAT zgodnie z obowiązującą stawką w wysokości 23%),

§9

1. Kupujący może odstąpić od umowy jeżeli:

a) zostanie wydany nakaz zajęcia majątku Sprzedawcy uniemożliwiający lub

utrudniający wykonanie niniejszej umowy;

b) Sprzedawca nie dostarczył przedmiotu umowy w całości bądź w części w terminie

określonym w § 3 ust. 1 lub 2 i opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy (całości bądź części) przekracza 10 dni;

c) Sprzedawca dostarcza przedmiot umowy nie odpowiadający wymaganiom

określonym w załączniku nr 1 do niniejszej umowy;

d) zaistniała sytuacja określona w art. 108 ustawy;

e) zostanie złożony wniosek o ogłoszenie upadłości Sprzedawcy lub zostanie ogłoszona

jego likwidacja.

2. Sprzedawca zobowiązany jest powiadomić Kupującego o zaistnieniu okoliczności o

których mowa w pkt. a i e.

3. W razie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy

nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu, Kupujący może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. W przypadku, o którym mowa powyżej Kupujący może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

4. W sytuacjach, o których mowa w ust.1 Kupujący uprawniony jest do odstąpienia od

umowy w terminie 30 dni od zaistnienia danej okoliczności lub powzięcia o niej wiadomości. Kupujący przed odstąpieniem od umowy wzywa Sprzedawcę wyznaczając mu odpowiedni termin, z zastrzeżeniem, że po upływie wyznaczonego terminu od umowy odstąpi.

§ 10

1. Strony ustanawiają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie

umowy w formie kar umownych w następujących przypadkach i wysokościach:

1) Sprzedawca zapłaci Kupującemu kary umowne:

a) za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy objętego zamówieniem podstawowym w

wysokości 1% wartości brutto określonej w § 4 ust 3 części umowy niezrealizowanej w

wymaganym terminie za każdy dzień a, licząc od upływu terminu, o którym mowa w § 3 ust. 1;

b) za zwłokę w wykonaniu danej części zamówienia objętej prawem opcji w wysokości

1 % wartości brutto, o którym mowa w § 4 ust 4 części niezrealizowanej

w wymaganym terminie, o którym mowa w § 3 ust. 2;

c) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi,

gwarancji w zakresie zamówienia podstawowego

1 zamówienia objętego prawem opcji w wysokości 0,2 % wartości brutto określonej w §

4 ust 1 wadliwego towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki liczony od dnia wyznaczonego na usunięcie wad lub wymianę towaru wadliwego, na wolny od wad;

d) z tytułu odstąpienia od umowy w całości lub części przez Sprzedawcę lub

Kupującego z przyczyn występujących po stronie Sprzedawcy w wysokości 10 % wartości brutto umowy określonej w § 4 ust 1 od wykonania, której Kupujący lub Sprzedawca odstąpił (liczonej w odniesieniu do łącznego maksymalnego wynagrodzenia).

2) Kupujący zapłaci Sprzedawcy karę umowną za odstąpienie od umowy w całości lub

części z przyczyn występujących po stronie Kupującego w wysokości 10 % wartości brutto umowy o której mowa w § 4 ust 1 od wykonania, której Kupujący odstąpił za wyjątkiem przypadku określonego w art. 108 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. W przypadku odstąpienia od umowy w całości lub części przez Kupującego z

przyczyn leżących po stronie Sprzedawcy, Sprzedawca niezależnie od kary określonej w § 10 ust. 1 pkt 1 ppkt d zobowiązany będzie do zapłaty kary umownej, o której mowa w § 10 ust. 1 pkt 1 ppkt a i b liczonej od wartości dostawy zrealizowanej po terminie określonym w § 3 ust. 1 i 2, a przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

3. Jeżeli zastrzeżona kara nie pokryje poniesionej szkody Strony mogą dochodzić

odszkodowania uzupełniającego na ogólnych zasadach.

4. Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony nie

może przekroczyć 25% wynagrodzenia brutto o którym mowa w § 4 ust. 1 umowy.

§11

Sprzedawca nie może zwolnić się od odpowiedzialności względem Kupującego z tego powodu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez Sprzedawcę było następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wobec Kupującego przez jego poddostawców i podwykonawców.

§ 12

1. Wszelkie zmiany umowy wymagają formy pisemnej w postaci aneksu pod rygorem

nieważności takiej zmiany i nie mogą naruszać art.455 ustawy.

2. Zmiana istotnych postanowień niniejszej umowy, może nastąpić za zgodą obu Stron

w następujących przypadkach i w zakresie:

1) zmiany terminu wykonania umowy, gdy z powodu działania siły wyższej nie jest możliwe wykonanie przedmiotu umowy w określonym terminie, bądź gdy niewykonanie umowy w określonym terminie wyniknie z przyczyn leżących po stronie Kupującego;

2) zmiany wynagrodzenia w przypadku urzędowej zmiany stawki podatku VAT, jeżeli

zmiana stawki podatku VAT powodować będzie zwiększenie lub zmniejszenie należnego wynagrodzenia Sprzedawcy;

3) zmiany w zakresie osób reprezentujących strony umowy - w szczególności w

sytuacjach losowych lub zmian organizacyjnych,

4) innych istotnych postanowień umowy, gdy ich zmiana jest konieczna w związku ze

zmianą przepisów prawa powszechnie obowiązującego, zmianą decyzji wydawanych przez Ministra Obrony Narodowej, bądź zmianą wytycznych przełożonych Kupującego.

3. W celu dokonania zmian postanowień umowy wnioskowanych przez Stronę

zobowiązana jest ona wystąpić na piśmie z propozycją zmiany warunków w zakresie zmian, o których mowa w ust. 2,

wraz z ich uzasadnieniem.

Składanie 3.10.2023

informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa sprzętu koszarowego i biurowego”.

WYBRANO OFERTĘ:

numer oferty: 3

nazwa (firma): Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe MET-POL R. O. ul. Leśna 8 83-212 Bobowo

Punktacja przyznana ofertom w ramach kryteriów oceny ofert

Oferta nr 1:

Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół "CEZAS" Sp. z o.o. ul. Aleja Solidarności 15 15-751 Białystok

Punktacja przyznana wykonawcy:

a) kryterium „Cena oferty obejmująca zamówienie podstawowe oraz zamówienie objęte

prawem opcji': 56,65 pkt

b) kryterium „Okres gwarancji na przedmiot zamówienia”: 40,00 pkt

Łączna punktacja przyznana ofercie złożonej przez Wykonawcę 96,65 pkt

Nr sprawy: RZI_Kraków-SZP.2612.11.2023

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie, ul. Mogilska 85, na podstawie art 253 ust. 2 ustawy „Prawo zamówień publicznych” zwanej dalej „ustawą”, udostępnił informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym pn.: „Dostawa sprzętu koszarowego i biurowego

Oferta nr 2

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe MET-POL R. O. ul. Leśna 8, 83-212 Bobowo

Oferta nr 3:

Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” sp. z o.o. Aleja Solidarności 15,15-751 Białystok

Punktacja przyznana wykonawcy:

a) kryterium „Cena”: 51,94 pkt

b) kryterium „Okres gwarancji na przedmiot zamówienia”:40,00 pkt

Łączna punktacja przyznana ofercie złożonej przez Wykonawcę 91,94 pkt

RZI Kraków udostępnił informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa sprzętu koszarowego i biurowego”.

WYBRANO OFERTĘ:

numer oferty: 2

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe MET-POL ul. Leśna 8 83-212 Bobowo

Oferta nr 3:

Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół "CEZAS" sp. z o.o. ul. Aleja Solidarności 15 15-751 Białystok

Punktacja przyznana wykonawcy:

a) kryterium „Cena oferty obejmująca zamówienie podstawowe oraz zamówienie objęte

prawem opcji 50,26 pkt

b) kryterium „Okres gwarancji na przedmiot zamówienia”: 40,00 pkt

Łączna punktacja przyznana ofercie złożonej przez Wykonawcę 90,26 pkt

RZI Kraków udostępnił informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa mebli biurowych”.

Wybrano ofertę:

Numer oferty: 1

ERGOSYSTEM Sp. J. R. M., M. W., J. W. Ul. Władysława Jagiełły 34, 02-495 Warszawa

Oferta nr 3: Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o.

Aleja Solidarności 15, 15-751 Białystok Punktacja przyznana ofercie złożonej przez

Wykonawcę:

a) kryterium „cena oferty obejmująca zamówienie podstawowe oraz zamówienie objęte

prawem opcji”: 49,62 pkt

b) kryterium „okres gwarancji na wykonany przedmiot umowy”: 40,00 pkt

Łączna punktacja przyznana ofercie złożonej przez Wykonawcę: 89,62 pkt

Nr sprawy: RZ!_Kraków.SZP.2612.1.2022

informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa sprzętu koszarowego”.

Wybrano ofertę:

numer oferty: 1

KJMK Meble Sp. z o.o. ul. Gliwicka 189, 40-859 KATOWICE

Oferta nr 3:

Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o.

Aleja Solidarności 15 15-751 BIAŁYSTOK

Punktacja przyznana ofercie złożonej przez Wykonawcę:

a) kryterium „Cena oferty obejmująca zamówienie podstawowe oraz zamówienie objęte

prawem opcji”: 45,76 pkt

b) kryterium „Okres gwarancji na przedmiot zamówienia": 40,00 pkt

Łączna punktacja przyznana ofercie złożonej przez Wykonawcę: 85,76 pkt

Z wniosków o wycenę szacunkową sprzętu z dat: 10.08.2023, 26.07.2023, 29.10.2022, 10.12.2021, 14.03.2022, 11.10.2022 wynika, że RZI Kraków zwracał się do odwołującego o udzielenie takich informacji.

Pismo odwołującego do RZI Kraków z 19 października 2021 r.

Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „Cezas” sp. z o.o. w Białymstoku dziękując za dotychczasową dobrą wolę wykazaną przez Kierownictwo Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Krakowie, zmuszona jest ponownie prosić o przedłużenie terminu realizacji w/w zamówienie do dnia 15.11.2021 r. i nienaliczanie kar umownych z tytułu przesunięcia terminu dostawy.

Realizacja tego przetargu stwarzała i stwarza nam wiele problemów w części wynikających z powodów dramatycznego wzrostu cen na rynku, kłopotów z dystrybutorami i kooperantami a także z epidemią COVTD-19, co w naszym przypadku skutkowało zachorowaniem pracowników produkcyjnych i opóźnieniami w dostawach komponentów i produkcji wyrobów gotowych.

Chcemy jeszcze raz podnieść, że nowelizacja ustaw tzw. covidowych daje stronom umowy możliwość wprowadzenia zmian, także w części dot. terminów jej wykonania.

Biorąc pod uwagę wszystkie zaistniałe uciążliwości, a także naszą wolę wywiązania się z umowy uprzejmie proszę o wyrażenie zgody na przesunięcie terminu wykonania umowy do dnia 15.11.2021r.

W załączeniu przesyłam pismo naszych partnerów współpracujących w realizacji tego

zadania.

Pismo Komfort sp. z o.o. z dnia 30 września 2021 r. do odwołującego, że w związku z sytuacją pandemiczną spowodowaną COVID-16 część pracowników produkcji zakładu przebywa na kilkunastodniowej kwarantannie, niestety z powodu braku dostępności stali na rynku opóźnione są także dostawy komponentów do wykonania stolików. W sposób radykalny obniża to nasze moce produkcyjne i opóźnia realizację złożonych zamówień. Zamówienie złożone przez Państwa planujemy zrealizować do końca października br.

W dniu 12 października 2021 r. RZI Kraków odnośnie do umowy nr 17/2021ZSSp/SZP -„Dostawa mebli biurowych poinformował, że w odpowiedzi na pismo DH 5-4-300/21/MO z dnia 06.10.2021 r. dotyczące przesunięcia terminu realizacji umowy Nr 17/2021/SSp/SZP Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie, wyraża zgodę na zmianę terminu realizacji przedmiotowej umowy w nieprzekraczalnym terminie do dnia 31.10.2021 r.

W załączeniu przesyłam Aneks Nr 1, po podpisaniu proszę o przesłanie dwóch egzemplarzy do tut. Zarządu.

Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. :„Dostawa sprzętu koszarowego i biurowego” nr sprawy 22/2023/ZP/SSp

II. Tryb udzielenia zamówienia

2. Zamawiający, zastosuje w przedmiotowym postępowaniu procedurę określoną w art. 139 ustawy, tj. najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

VIII. Podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu

2. Na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy z postępowania wyklucza się Wykonawcę te same postanowienia zawiera Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa sprzętu koszarowego i biurowego” nr

sprawy 21/2023/ZP/SSp, oraz Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa sprzętu koszarowego i biurowego” nr

sprawy 21/2022/ZP/SSp

Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „Dostawa mebli biurowych” nr sprawy 2/2022/ZP/SSp zawiera te same postanowienia, co SWZ nr 22/2023/ZP/SSp z tym, że nie przewiduje podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8, tożsama w badanym zakresie z nią jest Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: „Dostawa sprzętu koszarowego” nr sprawy 1/2022/SSp

Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa sprzętu koszarowego i biurowego” Nr postępowania: 13/2023/ZP/SSp realizowana w progu krajowym

IX. Podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu

2. Na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy z postępowania wyklucza się Wykonawcę

Dowody zamawiającego ponad dowody dopuszczone przez Izbę z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Pismo zamawiającego do RZI Kraków z 12 października 2023 r. z wnioskiem o przekazanie informacji w zakresie:

- czy po odstąpieniu od umowy nr 17/2021/SSp/SZP z 16 sierpnia 2021 r. i naliczeniu formie Cezas kary umownej, RZI dokonywał merytorycznej oceny ofert złożonych przez „CEZAS” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w kolejnych 5 postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wymienionych szczegółowo w odwołaniu, a jeśli tak, to z jakiego powodu nie wykluczył Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, w tym czy miało to związek ze złożeniem przez „CEZAS” sp. z o.o. wyjaśnień w zakresie procedury samooczyszczenia lub brakiem przewidzenie ww. podstawy prawnej wykluczenia w SWZ?

- czy w trakcie realizacji umowy nr 17/2021/SSp/SZP z 16 sierpnia 2021 r. CEZAS sp. z o.o. zwracał się o zwiększenie wynagrodzenia lub wydłużenie terminów dostaw ze względu na wystąpienie zewnętrznych przeszkód w należytej realizacji zamówienia związanych ze stanem pandemii – jeśli tak, to czy wnioski CEZAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w powyższym zakresie zostały przez RZI Kraków uwzględnione, a jeśli nie to z jakiej przyczyny?

Prosił również o przesłanie kopii umowy nr 17/2021/SSp/SZP z 16 sierpnia 2021 oraz noty księgowej obciążającej CEZAS sp. z o.o. karą umowną, o której mowa w piśmie RZI Kraków z 21 września 2023 nr wych 3920/VIII

RZI Kraków w dniu 16 października 2023 odpowiedział:

- RZI Kraków w prowadzonych postepowaniach w latach 2022-2023 w trybie przetargu nieograniczonego przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu podstawę wykluczenia wykonawcy tj. art. 109 ust. 1 pkt 7y ustawy.

Zamawiający wskazywał również w SWZ, że będzie stosować art. 139 ustawy i jednocześnie korzystał będzie z możliwości żądania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy (JEDZ) wyłączenie od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Zastosowanie art. 139 ustawy tzw. „procedury odwróconej: pozwala zamawiającemu w pierwszej kolejności na badanie i ocenę ofert, a

następnie i to jedynie w przypadku wykonawcy najwyżej ocenionego, dokonać kwalifikacji podmiotowej w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca CEZAS sp. z o.o. składał oferty w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, ale plasował się na dalszych miejscach w rankingu złożonych ofert. W związku z czym nie było zasadne wzywanie wykonawcy do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.

Wykonawca CEZAS sp. z o.o. w trakcie realizacji umowy nr 17/2021/SSp/SZP z dnia 16 sierpnia 2021 zwracał się z wnioskami o wydłużenie terminu dostaw ze względu na wystąpienie zewnętrznych przeszkód w należytej realizacji zamówienia związanych ze stanem pandemii. Powyższe wnioski zostały przez RZI Kraków uwzględnione. W załączeniu przesłano kopię umowy oraz notę obciążającą.

Aneks nr 1 z dnia 8 października 2021 par. 3 ust. 1 nadano brzmienie:

„Termin wykonania przedmiotu umowy ustalono następująco:

Przedmiot umowy w całości ma być dostarczony Kupującemu w terminie do 31 października 2021 r.”

Aneks nr 2 z dnia 26 października 2021 par. 3 ust. 1 nadano brzmienie:

„Termin wykonania przedmiotu umowy ustalono następująco:

Przedmiot umowy w całości ma być dostarczony Kupującemu w terminie do 15 listopada 2021 r.”

Aneks nr 3 z dnia 10 listopada 2021 par. 3 ust. 1 nadano brzmienie:

„Termin wykonania przedmiotu umowy ustalono następująco:

Przedmiot umowy w całości ma być dostarczony Kupującemu w terminie do 18 listopada 2021 r.”

Aneks nr 4 z dnia 18 listopada 2021 r. :

1. Działając w oparciu o par. 12 ust. 2 pkt 1 umowy strony zmieniają termin wykonania części przedmiotu umowy określony w par. 3 ust. 1 umowy w ten sposób, że Sprzedawca zobowiązuje się dostarczyć:

- szafa biurowa drewniana wiśnia WP1-27 w ilości 15 sztuk,
- regał biurowy segment z półkami wiśnia WP1-31 w ilości 25 sztuk
- regał drewniany witryna z półkami wiśnia WP1-31 w ilości 25 sztuk
- szafa ubraniowa drewniana dwudrzwiowa wiśnia WP1-58 w ilości 25 sztuk

w terminie do 30 listopada 2021 r.

2. Termin wykonania umowy w pozostałym zakresie nie ulega zmianie.

Nota obciążeniowa z 15 grudnia 2021 nr 1/2021/SSp do CEZAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie par. 10 ust. 1 pkt 1 ppkt. d umowy nr 17/2021/SSp/SZP z dnia 16 sierpnia 2021 r. obciążono odwołującego karą umowną tytułem odstąpienia od umowy w części z przyczyn występujących po stronie Sprzedawcy.

Kwota stanowiąca podstawę naliczenia kary umownej 451 975,80, % kary umownej – 10, kwota kary umownej – 45 197,58

Korekta noty obciążeniowej nr 1/2021/SSp z dnia 15 czerwca 2023

do CEZAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie par. 10 ust. 1 pkt 1 ppkt. d umowy nr 17/2021/SSp/SZP z dnia 16 sierpnia 2021 r. obciążono odwołującego karą umowną tytułem odstąpienia od umowy w części z przyczyn występujących po stronie Sprzedawcy.

Było:

Kwota stanowiąca podstawę naliczenia kary umownej 451 975,80, % kary umownej – 10, kwota kary umownej – 45 197,58

Powinno być:

Kwota stanowiąca podstawę naliczenia kary umownej 203 041,02, % kary umownej – 10, kwota kary umownej – 20

304,10

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CADABRA T. P. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wskazania uzasadnienia faktycznego wykluczenia wykonawcy wyrażające się w braku wykazania przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy

Zarzut należy ocenić jako niezasadny. Zamawiający w uzasadnieniu okoliczności faktycznych odrzucenia ustalił, że odwołujący w dniu 29 listopada 2021 złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z RZI w Krakowie na dostawę mebli biurowych, ustalił, że z tego powodu umowa uległa rozwiązaniu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i że naliczone zostały mu kary umowne. Zamawiający tych ustaleń dokonał na podstawie pism RZI w Krakowie nr 9330/23 z dnia 21 września 2021 r. oraz nr 9512/23 z dnia 26 września 2023 r. oraz załączonego do pierwszego z tych pism oświadczenia odwołującego o odstąpieniu od umowy. Zatem zamawiający dysponował tak stanowiskiem ówczesnego zamawiającego RZI Kraków, jak i stanowiskiem samego odwołującego, które było przecież odwołującemu jako jego twórcy znane. Zamawiający właśnie na podstawie tego oświadczenia ustalił jaki był

zakres niewykonanych świadczeń – czyli niewykonanie dostaw o wartości ok. 45% całkowitego wynagrodzenia umownego. Prawidłowość tych ustaleń potwierdza treść pisma odwołującego z 29 listopada 2021 r. bowiem w piśmie tym odwołujący informuje RZI Kraków, że z tym dniem zostały zakończone dostawy. Zrealizowane dostawy o wartości 248 934,78zł. stanowią ok. 55% wartości dostaw objętych ww. umową. Niewątpliwie zatem sam odwołujący wskazał, że nie doszło do wykonania całości zamówienia przewidzianego umową nr 17/2021/SSp/ZSP i było to nienależyte wykonanie z punktu widzenia ilościowego, bowiem wartościowo 45 % dostaw nie zostało wykonanych w ogóle. Oznacza to w konsekwencji, że zamawiający wykazał przesłankę nienależytego wykonania zamówienia. Wykazał też zakres też zakres tego niewykonania i również w ocenie Izby ten zakres był znaczny, bo jeśli wziąć pod uwagę, że odwołujący odnosi swoje wyliczenia do wynagrodzenie opisanego w par. 4 ust. 1 umowy nr 17/2021/SSp/SZP, a więc wartości zamówienia podstawowego wraz opcją, natomiast, gdyby odwołujący wyliczył zakres wykonania zamówienia w odniesieniu do wartości zamówienia podstawowego, to okazałoby się, że zakres wykonania umowy w zakresie zamówienia podstawowego wynosił 60,96%. Nadal jednak niewykonane dostawy stanowiły 39% zamówienia podstawowego. W ocenie Izby bezsporne było, że umowa uległa przedwczesnemu rozwiązaniu i nie została wykonana przez odwołującego w znacznej części. Zamawiający ustalił z informacji przekazanych przez RZI Kraków, że odwołujący dobrowolnie zapłacił karę i informację tę w uzasadnieniu odrzucenia podał, co w ocenie Izby wskazywało, że zamawiający zwracając uwagę na tę właśnie okoliczność podkreślił fakt, że uznaje zatem, że odwołujący pogodził się z rozwiązaniem umowy przed terminem, które nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie. Zatem również ta przesłanka art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy została podana przez zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym. Nienależyte wykonanie musi prowadzić do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania lub porównywalnych sankcji. Zamawiający wskazał na zapłatę kary umownej. Izba uważa, że kara umowna to inaczej odszkodowanie umowne, bowiem w zobowiązaniach umownych z zasady swobody umów należy wywieść, że strony mogą umówić się i ustalić zakres i sposób naprawienia szkody w przypadkach nie wykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania dłużnika – takie właśnie zastrzeżenie umowne, co do odszkodowania to kara umowna. Zatem również pod kątem tej przesłanki uzasadnienie faktyczne zamawiającego nie zawierało braku. Tym samym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego, zarzucanych mu, przepisów prawa.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień odwołującego po otrzymaniu informacji o rzekomo nienależycie wykonanej umowie zawartej między odwołującym a RZI Kraków, co uniemożliwiło wykazanie odwołującemu braku wystąpienia przesłanek

uzasadniających wykluczenie z postępowania

Zarzut nie potwierdził się. Zamawiający ustalił okoliczności związane z wystąpieniem przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy opierając się nie tylko na oświadczeniach RZI Kraków, ale także na stanowisku przedstawionym przez odwołującego w piśmie zawierającym odstąpienie od umowy z dnia 29 listopada 2021 r. Pismo to stanowiło wyraz wiedzy odwołującego o okolicznościach stanowiących podstawy odstąpienia przez niego od umowy i w ocenie Izby zamawiający uwzględnił także to stanowisko w swoich ustaleniach, choć wywiódł z niego okoliczności niekorzystne dla odwołującego. Zamawiający zatem wbrew twierdzeniom odwołującego nie oparł się wyłącznie na stanowisku jednej ze stron – RZI Kraków jako zamawiającego, ale oparł się także na stanowisku odwołującego. Dysponując stanowiskami obu stron miał prawo je ocenić i wyciągnąć z nich wnioski. Ustalenia poczynione przez zamawiającego były dla niego jednoznaczne i nie budziły u zamawiającego wątpliwości, zatem trudno od zamawiającego oczekiwać, aby wyjaśniał treść własnego oświadczenia odwołującego (pismo z 29 listopada 2021 r.) z jego autorem -odwołującym. Niewątpliwie sam odwołujący w tym piśmie wskazał „Oferta Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół „CEZAS" sp. z o.o. w Białymstoku (451 97480zł. brutto) w związku z błędem popełnionym w wycenie, zawierała rażąco niską cenę, a przez to dawała podstawy do jej odrzucenia przez Zamawiającego (…)". Zamawiający w tym postępowaniu miał zatem prawo uznać, że to zachowanie odwołującego już na etapie złożenia oferty legło u podstaw możności wykonania zamówienia w całości. Odwołujący wprawdzie wskazuje, że to RZI Kraków zawinił nie wzywając odwołującego do wyjaśnień zaoferowanej ceny

w trybie art. 224 ust. 1 ustawy, jednak Izba uważa, że skoro odwołujący oświadczył zamawiającemu, że pomylił się w wycenie, to powinien wycofać wadliwą ofertę, a nie doprowadzić do zawarcia umowy z zamawiającym. W ocenie Izby jedynym powodem, dla którego odwołujący dążył do wyeliminowania swojej oferty rękami zamawiającego RZI Kraków (przez wezwanie do wyjaśnień zaoferowanej ceny, a następnie odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy) była obawa utraty wadium, co nastąpiłoby, skoro odwołujący zorientował się, że popełnił błąd dopiero po wezwaniu go do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Sam odwołujący podał, że otwarcie ofert nastąpiło 8 lipca 2021 (czwartek), a wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych zamawiający RZI Kraków skierował do odwołującego 13 lipca 2021 (wtorek), zatem odwołujący miał co najmniej dwa dni robocze, aby swój błąd wykryć i bezkosztowo wycofać ofertę. Odwołujący upatruje się winy w zamawiającym RZI Kraków, a to przecież błąd w wycenie popełnił on sam, a skoro się przyznał do tego RZI Kraków w piśmie z 23 lipca 2021, czyli nie można uznać, że zamawiający RZI Kraków nie mógł ocenić, że zaniżenie ceny w ofercie odwołującego wynika z okoliczności oczywistych (czyli z błędu odwołującego), które nie wymagają wyjaśnienia.

Odwołujący chcąc zaoszczędzić 12 tysięcy zł. nie tylko nie wycofał oferty, ale nie zaskarżył zaniechania wezwania go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy, ale zgodził się na wybór swojej oferty jako najkorzystniejszej nie podważając go odwołaniem wskazującym na naruszenie art. 17 ust. 2 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, a więc na dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu i podpisał z zamawiającym RZI Kraków umowę, już w chwili jej podpisania wiedząc, że będzie musiał ją realizować przy obniżeniu kosztów i rezygnując z marży zysku, a więc bez jakiegokolwiek zabezpieczenia na wypadek ryzyka wzrostu cen. Podczas, gdy wzrostu cen mógł i powinien się spodziewać w środku pandemii i kłopotów z ciągłością dostaw.

W ocenie Izby zatem nie można odmówić zamawiającemu w tej sprawie trafności osądu, że okoliczności podane przez odwołującego w piśmie z dnia 29 listopada 2021 r. nie wymagają dalszych wyjaśnień i uzasadniają zaistnienie podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania. Izba zatem nie uznała w tej sprawie, że fakultatywna możliwość żądania wyjaśnień z art. 128 ust. 4 ustawy, w tym przypadku przerodzić się miała w obowiązek zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy oraz art. 16 pkt 1 i 3 przez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji w której wykonawca nie podlega wykluczeniu a w konsekwencji nie występuje przesłanka uzasadniająca odrzucenie oferty

Zarzut nie potwierdził się. Izba w całości podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu dwóch poprzedzających zarzutów. W ocenie Izby w świetle zgromadzonego materiału dowodowego: przede wszystkim pisma odwołującego z dnia 29 listopada 2021 r. oraz pism RZI Kraków z 21 i 26 września 2023 r. zamawiający prawidłowo ustalił, że doszło do odstąpienia od umowy i częściowego nie wykonania zamówienia przez odwołującego. Izba zwraca uwagę, że art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy nie określa, kto ma dokonać wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, istotne są natomiast przyczyny wcześniejszego zakończenia stosunku umownego. W ocenie Izby bezsporne jest, że odstąpienia dokonał odwołujący pismem z 29 listopada 2021 r., bo jak wskazywał dalsza realizacja dostaw zagraża jego egzystencji i może być realizowana pod ewentualnym zarzutem pod adresem zarządu odwołującego o działaniu na niekorzyść spółki. Odwołujący domagał się w tym piśmie przyjęcia do akceptującej wiadomości przez RZI Kraków odstąpienia przez niego od umowy, zatem RZI Kraków w piśmie 6 grudnia 2021 r. postąpił zgodnie z oczekiwaniem odwołującego akceptując fakt odstąpienia, ale nie odstępując od naliczenia kary umownej. Tym samym w ocenie Izby bez najmniejszej wątpliwości miało miejsce odstąpienie. Odstąpienie to spowodowało, że zobowiązanie odwołującego względem RZI Kraków nie

zostało wykonane w znacznej części, bo w ok 45% jeśli liczyć z uwzględnieniem wartości opcji, a w ok. 39%, jeśli liczyć w odniesieniu do wartości zamówienia podstawowego. Odwołujący żadnym z dowodów nie wykazał, że RZI Kraków odmówił mu zmiany wynagrodzenia w trybie art. 15r ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, natomiast zgromadzony materiał dowodowy wskazuje na to, że w związku z pandemią następowały opóźnienia u poddostawców i występował kłopot z dostawą stali, ale odwołujący nie wykazał związku tych okoliczności z drastycznym, jak sam określił, wzrostem cen. Z jednej strony odwołujący w oświadczeniu o odstąpieniu pisze o takim wzroście, a z drugiej wskazuje, że zawierając umowę ustalił ze swoimi partnerami maksymalne obniżenie kosztów, co przy braku wykazania takiego wzrostu cen powoduje, że Izba jako niewiarygodne musi ocenić te tezy odwołującego, że to wzrost cen wywołany pandemią niezależny od odwołującego był faktyczną przyczyną odstąpienia od umowy. W ocenie Izby RZI Kraków pozytywnie odpowiadał i współpracował z odwołującym przy realizacji tej umowy czterokrotnie zmieniając termin realizacji zamówienia. Nie ma dowodu na to, że odmówiłby odwołującemu możliwości zmiany wynagrodzenia w okolicznościach opisanych w art. 15 r specustawy covidowej. Nie można też pominąć, że niedotrzymywanie terminów realizacji zamówienia przy braku współpracy zamawiającego z odwołującym zgodnie z par. 10 ust. 1 pkt 1lit. a i d w związku z par. 10 ust. 4 umowy nr 17/2021/SSp/SZP mogło się dla odwołującego skończyć naliczeniem kar umownych w wysokości 25% wynagrodzenia brutto stanowiącego sumę wynagrodzenia za zamówienie podstawowe i opcję. Można zatem równie logicznie postawić tezę, że odwołujący chcąc uniknąć rozpoczęcia naliczania mu kar za zwłokę od 1 grudnia 2021 i obciążenia go karą za odstąpienie przez Kupującego, wolał sam odstąpić od umowy. O ocenie Izby zatem całokształt materiału dowodowego jedynie potwierdza, że zamawiający w tej sprawie prawidłowo ustalił, że do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie odwołującego, który popełnił błąd przy sporządzeniu oferty i konsekwentnie brnął w ten błąd narażając swoje przedsiębiorstwo i interes RZI Kraków. Izba też dodatkowo zauważa, że zgodnie z par. 11 umowy 17/2021/SSp/SZP odwołujący nie mógł się zwolnić z odpowiedzialności względem RZI Kraków z tego powodu, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez niego umowy było następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wobec RZI Kraków przez jego poddostawców i podwykonawców, co oznacza, że odwołujący przyjął na siebie rozszerzoną odpowiedzialność.

Co do przesłanki odszkodowania, to Izba uznaje, że kara umowna to inaczej odszkodowanie umowne, o które strony mogą się umówić i które zostało przewidziane w umowy 17/2021/SSp/SZP. Niewątpliwie kara umowna została w tym

sprawie naliczona i została przez odwołującego zapłacona – okoliczność nie była sporna. Odwołujący nie pozostaje też

z RZI Kraków w sporze co do podstawy naliczenia kary tj. par. 10 ust. 1 pkt 1 lit. d umowy, a więc z tytułu odstąpienia w całości lub części przez Sprzedawcę lub Kupującego z przyczyn występujących po stronie Sprzedawcy. Tym samym również przesłanka odszkodowania została odwołującemu wykazana. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że kara umowna może być zastrzeżona, nie jak w tym przypadku, w związku z nie wykonaniem lub nienależytym wykonaniem istotnych elementów zamówienia tj. zwłoką w dostawie przedmiotu zamówienia, przyczynami uzasadniającymi odstąpienie od umowy, wadami przedmiotu umowy, ale zdarza się, że jest powiązana z niewykonaniem świadczeń ubocznych, obowiązków informacyjnych lub innych obowiązków nie wpływających w sposób znaczący na ocenę prawidłowości wykonania zamówienia jako całości, w takich przypadkach najczęściej Izba orzeka, że naliczenie (czy dalej idące uiszczenie) kary umownej może nie świadczyć o znaczącym lub długotrwałym naruszaniu istotnych zobowiązań, co jednak nie ma zastosowania w tym stanie faktycznym. Wskazać należy za Komentarzem Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz wyd. II pod redakcją H. Nowaka, że przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy nie wymienia wśród koniecznych przesłanek jej zastosowania wystąpienia szkody, a zatem nie trzeba jej wykazywać, choć może mieć ona znaczenie dla oceny zaistnienia przesłanki znaczącego naruszenia zobowiązania (str. 414 Komentarza). W tej sprawie znaczące naruszenie zobowiązania potwierdził sam odwołujący w piśmie z 29 listopada 2021 r. określając poziom niewykonania umowy na około 45% wynagrodzenia umownego. Z tego względu Izba nie wzięła pod uwagę stanowiska odwołującego o niewykazaniu przez zamawiającego powstania szkody u RZI Kraków. Mając te wszystkie okoliczności na uwadze Izba uznała, że zamawiający nie naruszył zarzucanych mu przepisów ustawy. Odnosząc się do powołanego orzeczenia TSUE z 14 stycznia 2021 r. sygn. akt: C387/19, to Izbie orzeczenie to jest doskonale znane, jednak jego treść nie może być wykorzystana na korzyść odwołującego, gdyż zgodnie z art. 555 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a odwołujący nie postawił zarzutu zaniechania wezwania odwołującego do udowodnienia zamawiającemu, że spełnia przesłanki określone w art. 110 ust. 2 ustawy, w odwołaniu nie znalazło się w ogóle odniesienie do treści tego przepisu mimo, że zamawiający powołał się nań w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. Brak było także żądania nakazania zamawiającemu wezwania w trybie tego przepisu, co odwołujący mógł wywodzić z powołanego wyżej orzeczenia TSUE. Tym samym Izba nie była władna rozważyć, czy w tym przypadku taki zarzut był dopuszczalny, czy uzyskałby aprobatę Izby, w świetle ustalonego stanu faktycznego. Takie rozważania bowiem wykraczałyby poza granice postawionych przez odwołującego zarzutów.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 17 ust. 2 przez dokonanie wyboru oferty

najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy

Zarzut nie potwierdził się. Skoro Izba nie podzieliła zarzutów odwołującego przywracających jego ofertę do postępowania, to również nie znalazła podstaw do uznania, że wybór ofert w części I i II zamówienia był dokonany z naruszeniem przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 3 ustawy przez jego niezastosowanie w sytuacji, w której wykluczenie wykonawcy jest w sposób oczywisty nieproporcjonalne

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 109 ust. 3 ustawy pozostawia możliwość odstąpienia od wykluczenia uznaniu zamawiającego. Zamawiający musi ocenić, czy rzeczywiście w danych okolicznościach faktycznych można uznać, że wykluczenie jest nadmierną sankcją w stosunku do okoliczności będących podstawą wykluczenia. Dla ustalenia proporcji sankcji konieczne jest określenie, czy naruszenie zobowiązań było znaczące lub długotrwałe, lub powtarzające się. Ustalenie , że naruszenie zobowiązań miało taki właśnie charakter w ocenie Izb y wyklucza po stronie zamawiającego możliwość skorzystania skutecznie z tego przepisu. W tej sprawie sam odwołujący uznawał, że nie wykonał zamówienia w ok. 45 %, co w ocenie Izby świadczy o znaczącym naruszeniu zobowiązań odwołującego. Tym samym nie można uznać sankcji wykluczenia za nieproporcjonalną. Wysokość kary nie ma tu aż tak istotnego znaczenia, bo najistotniejszy jest poziom niewykonania obowiązków umownych przez odwołującego. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 3 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 zd. 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów wydatków pełnomocnika na podstawie złożonej faktury.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:…….