Sygn. akt: KIO 1927/23

WYROK
z dnia 20 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2023 r. przez wykonawcę **JMM ŁUCKI spółka komandytowa z siedzibą w Nowej Soli** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Ośrodek Transportu Leśnego Świebodzin z siedzibą w Świebodzinie**

orzeka:

1.**oddala odwołanie,**

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **JMM ŁUCKI spółka komandytowa z siedzibą w Nowej Soli** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00** gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **JMM ŁUCKI spółka komandytowa z siedzibą w Nowej Soli** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od wykonawcy **JMM ŁUCKI spółka komandytowa z siedzibą w Nowej Soli**na rzecz **Skarbu Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Ośrodek Transportu Leśnego Świebodzin z siedzibą w Świebodzinie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1927/23

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Ośrodek Transportu Leśnego Świebodzin z siedzibą w Świebodzinie, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest wynajem sprzętu budowlanego wraz z obsługą operatorską świadczone na potrzeby budowy dróg leśnych w roku 2023 i 2024 z podziałem na Zadania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 26 maja 2023 r., nr 2023/BZP 00235055.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 3 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca JMM ŁUCKI Spółka komandytowa z siedzibą w Nowej Soli, zwany dale „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp polegające na ich niezasadnym zastosowaniu i uznaniu, że jego oferta podlega odrzuceniu z uwagi na przesłankę wykluczenia dotyczącą nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co miało się wiązać z jego obowiązkiem przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, podczas gdy w stosunku do niego nie zachodzi przesłanka wykluczenia z art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp, z racji bezpodstawnego zarzucenia mu winy w niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu (m.in. wbrew art. 8 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 357^1 k.c.) i, w konsekwencji, przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania w sposób sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności;

2) art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przez uznanie go za wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w sytuacji, gdy nie dopuścił się on niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania wynikającego z zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po jego stronie;

3) art. 109 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 Pzp polegające na naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności, poprzez wykluczenie go z postępowania, pomimo że w stosunku do niego nie zaistniały przesłanki wykluczenia, na które powołuje się Zamawiający, a które wynikają z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp;

4) art. 109 ust. 3 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przez jego niezastosowanie przez Zamawiającego, podczas gdy w

niniejszej sprawie, nawet przy założeniu ziszczenia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp istnieją podstawy do uwzględnienia okoliczności z przywołanej podstawy prawnej, a to z uwagi na oczywistą nieproporcjonalność wykluczenia oraz nieuwzględnieniu okoliczności po jego stronie, a przemawiających za pozytywną prognozą co do wykonania zamówienia w ramach niniejszego postępowania, co doprowadziło do niesłusznego wykluczenia go z postępowania;

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przez odrzucenie jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w sytuacji, gdy nie podlega on wykluczeniu z postępowania;

6) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 Pzp, polegające na naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, poprzez wybór oferty EUROBUD Spółka z o.o., jako najkorzystniejszej dla zadania nr 7, 12 i 14, podczas gdy to jego oferta jest najkorzystniejsza tj. ofertą z najniższą ceną;

7) art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp przez przedstawienie niewystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1) uznania, że wobec niego nie zaszły podstawy do wykluczenia z postępowania;

2) unieważnienia czynności wyboru oferty EUROBUD Spółka z o.o., dla zadania nr 7, 12 i 14, jako najkorzystniejszej,

3) unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty dla zadania nr 7, 12, 13 i 14,

4) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający bezpodstawnie dokonał wykluczenia go z postępowania o nr ZTA.270.1.7.2023. Odwołujący argumentował, że determinantą w uznaniu zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jest wystąpienie przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania przez Wykonawcę bezpośrednio po jego stronie. W ślad za ogólną dyrektywą interpretacyjną exceptiones non sunt extendendae, tym bardziej zasadny wydaje się pogląd, że nie można interpretować przesłanki „tkwienia przyczyny po stronie wykonawcy", a wskazanej przez organ w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp rozszerzająco, toteż należy uznać czynność wykluczenia go z postępowania na wskazanej przez Zamawiającego podstawie za niesłuszną.

Zdaniem odwołującego, zastany stan faktyczny i okoliczności związane z wcześniejszymi umowami nie stanowią potwierdzenia dla podnoszonego przez Zamawiającego twierdzenia co do zawinionego niewykonania lub nienależytego wykonania uprzednich zobowiązań przez niego. Odwołujący argumentował, że jak wynika ze spornych umów, porządku prawnego oraz występujących w sprawie okoliczności, nie zaniechał on ciążącym na nich obowiązków w sposób zawiniony, a przejawiona przez niego postawa, czyni zadość postanowieniom umownym i przepisom prawa.

Zdaniem odwołującego na podstawie § 11 ust. 1 pkt 1 lit. b, c i d, okoliczności takie jak vis maior, zmiana prawa oraz brak możliwości realizacji i następstwa zdarzenia napotkanego przez Wykonawcę i niemożliwe do przewidzenia oraz niezależne od Wykonawcy stanowią istotną podstawę do dokonania subsumpcji co do faktów podnoszonych przez niego, a wedle doświadczenia życiowego i wskazań wiedzy – powszechnie znanych, mianowicie takich jak: gospodarcze skutki pandemii, wysoka inflacja, wybuch wojny w Ukrainie, przeobrażenia gospodarcze spowodowane globalnym wyzwaniem adaptacji sytuacji do zastanych warunków w związku w wybuchem wojny.

Odwołujący nie podzielał stanowisko Zamawiającego, jakoby w okresie zawarcia umowy pomiędzy nim a Zamawiającym i na etapie jej realizacji sytuacja gospodarcza uległa stabilizacji. Wręcz przeciwnie, okres sporny przypada na czas adaptacji rygorów wprowadzanych na bieżąco sankcji i stałego rozszerzania pakietu obostrzeń wymierzonych w gospodarkę nie tylko państwa agresora, ale i naturalnie odnoszących skutek w ramach międzynarodowych stosunków gospodarczych, finalnie oddziałując na podmioty gospodarcze w stosunkach prywatnych, które to występują w ramach zamówień publicznych. Zdaniem odwołującego błędne jest twierdzenie Zamawiającego, jakoby był on obciążony obowiązkiem przewidzenia i uwzględnienia zastanej sytuacji gospodarczej w procesie kształtowania stosunków między przedsiębiorcami. Według odwołującego eskalacja konfliktu i jego długotrwały charakter to coś dynamicznego, więc nie można obarczyć przedsiębiorcy skutkami sytuacji, na którą to, pomimo możliwych form przewidzenia, nie miał on wpływu.

Odwołujący argumentował, że dynamika działań zbrojnych prowadzonych w ramach wojny nie mieści się w granicach możliwego do ocenienia ryzyka gospodarczego, tym bardziej z uwagi na fakt tak wielkiego zaangażowania państw skupionych wokół grup państw o najbardziej rozwiniętych gospodarkach, które wpływają na ogólnoświatową politykę gospodarzą, a w ramach sytuacji wojny w Ukrainie są aktywnie zaangażowane i przedsiębiorą nieznane oraz trudne do przewidzenia rozwiązania gospodarcze. W warunkach owej niestabilności nie można od przedsiębiorcy wymagać wiedzy nieposiadanej nawet przez wysoko postawione organy państwowe, nie tylko krajowe, ale i zagraniczne, które na bieżąco adaptują sytuację gospodarczą w ramach stosunków indywidualnych, wewnętrznych, ale i o

ogólnoświatowym, ponadnarodowym zasięgu.

Odwołujący argumentował, że dostrzegł i uwzględnił potencjalne ryzyko wzrostu cen i daleko idących przeobrażeń gospodarczych, jednak trzykrotność podrożenia cen kruszywa czy diametralny wzrost paliw, produktów ropopochodnych i kosztów dostaw, zdecydowanie nie mieści się w kategorii potencjalnego oszacowania ryzyka, do którego to uwzględnienia był on zobowiązany. Odwołujący uważał, że okoliczności wynikające ze specyfiki rynku i stosunków międzypaństwowych, zwłaszcza w okresie wojennym, nie mogły być przewidziane przez niego w tak dalekim stopniu, a złożoność stosunków cywilnoprawnych i prawa zamówień publicznych oraz wielopodmiotowość stosunków gospodarczych wpływa na to, że proces adaptacji stosunków do aktualnej rzeczywistości i osadzenie się w warunkach przeobrażeń gospodarczych istotnie wpływa na zakres możliwości wywiązywania się z zobowiązań umownych w terminie (z uwagi na łańcuch relacji i powiązań przedsiębiorców).

Odwołujący uważał, że dochował wszelkiej staranności również w zakresie podejmowanych działań zmierzających ku dochowaniu warunków umowy. Podjęte starania w postaci dążeń do renegocjonowania warunków umów, poszukiwanie alternatywnych rozwiązań sanacji zastanej sytuacji i związanej z powstałymi niezależnie od niego okolicznościami, powinno stanowić decydujący czynnik w uwzględnieniu odwołania oraz potwierdzeniu jego niezawinionej postawy, tym samym prowadząc do wniosku o braku podstaw do powołania się przez Zamawiającego na art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp jako przyczyny wykluczenia go z postępowania. Fakt, że Zamawiający, po przedstawieniu przez niego niezależnych od siebie okoliczności zwłoki w realizacji zobowiązania, w zestawieniu z podjętymi staraniami w poszukiwaniu alternatywnych możliwości realizacji zobowiązania, wyznaczył mu, jako Wykonawcy stosunkowo krótki termin spełnienia warunków umowy od terminu wezwania do dostarczenia kruszywa świadczy o tym, że to po stronie Zamawiającego występowała zła wola i zmierzał on tym samym do nadużycia swojego prawa podmiotowego, w myśl zasady z art. 5 k.c., a respektowanej w warunkach zamówień publicznych na podstawie blankietu z art. 8 p.z.p., przy świadomości złożoności stosunków pomiędzy dostawcą kruszywa a podmiotem, od którego zobowiązany miał nabyć stosowne materiały. Zdaniem odwołującego fakt ten wzmacnia okoliczność, iż napotkał on również na takie trudności jak odmowa przez kontrahentów dostaw na niskie zapotrzebowanie, tj. poniżej 40 wagonów. Zdaniem odwołującego powyższe dowodzi, że nie wykazał on złej woli ani nie zaniechał obowiązkom dochowania należytej staranności, bowiem swoją postawą dowiódł, że chciał dotrzymać warunków umowy, sam podkreślał i wielokrotnie zabiegał o wykonanie zobowiązań umownych, nie unikał ich realizacji ani kontaktu z Zamawiającym, dążąc do konsensusu i porozumienia w kwestii realizacji warunków umowy. Dodatkowo odwołujący argumentował, że pomimo nierentowności nawiązanego stosunku w obliczu przeobrażeń gospodarczych, z powołaniem na stałość stosunków w ramach zamówień publicznych, chciał i zabiegał o utrzymanie pozytywnych relacji gospodarczych, nie dążąc przy tym do przerzucenia odpowiedzialności na podwykonawców za zastany, choć niezależny od niego stan faktyczny, co dowodzi dbałości o wywiązywanie się z warunków umowy i dążeń do rzetelności w wywiązywaniu się z zobowiązań.

Zdaniem odwołującego, chybiony jest także zarzut Zamawiającego, jakoby wybór środka transportu PKP Cargo dokonany przez niego stanowił okoliczność przemawiającą na jego niekorzyść. Odwołujący wskazał, że dokonując stosownego wyboru, okazał zaufanie do spółki, jako przewoźnika występującego w stałych relacjach gospodarczych, w których to występuje Skarb Państwa, co z punktu charakteru stosunku, jakim są zamówienia publiczne, ma kluczowe znaczenie, zwłaszcza w dobie przeobrażeń gospodarczych i polityki rządowej w konfrontacji z zastaną sytuacją gospodarczą.

Odwołujący podniósł także, że nie można również zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego co do możliwości wywiedzenia podstawy do wykluczenia go z postępowania z powołaniem na wymóg dokonania procedury samooczyszczenia. Odwołujący podniósł, że konsekwentnie podtrzymuje stanowisko prezentowane Zamawiającemu zarówno na etapie sporu umownego, jak i w ramach niniejszego postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego, zawiadomienie o wyborze ofert najkorzystniejszych załączniki do odwołania, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Art. 109 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*

7który, 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.

Art. 109 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *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.*

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę jeżeli:*

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Art. 253 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: (…)*

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest wynajem sprzętu budowlanego wraz z obsługą operatorską świadczone na potrzeby budowy dróg leśnych w roku 2023 i 2024 z podziałem na Zadania.

Ustalono także, że w pkt 3.3. SWZ zamawiający wskazał:

3.3. Przedmiot zamówienia został podzielony na części („Zadania"):

Zadanie nr 7 - Temat: Wynajem sprzętu budowlanego wraz z obsługą operatorską – walec drogowy (stalowo-gumowy) minimum 10 ton - 400 godzin na terenie administrowanym przez RDLP Zielona Góra (PÓŁNOC) – Nadleśnictwa: Świebodzin, Cybinka, Babimost, Torzym, Przytok oraz droga samorządowa Kłodnica-Toporów

Zadanie nr 12 - Temat: Wynajem sprzętu budowlanego wraz z obsługą operatorską - rozścielacz kruszywa - 350 godzin na terenie administrowanym przez RDLP Zielona Góra (POŁUDNIE) – Nadleśnictwa: Brzózka, Lubsko Krzystkowice, Wymiarki, Zielona Góra

Zadanie nr 13 - Temat: Wynajem sprzętu budowlanego wraz z obsługą operatorską - układarka do poboczy wraz z nośnikiem urządzenia - 250 godzin na terenie administrowanym przez RDLP Zielona Góra (POŁUDNIE) – Nadleśnictwa Brzózka, Lubsko, Krzystkowice, Wymiarki, Zielona Góra;

Zadanie nr 14 - Temat: Wynajem sprzętu budowlanego wraz z obsługą operatorską – walec drogowy (stalowo-gumowy) minimum 10 ton – 1400 godzin na terenie administrowanym przez RDLP Zielona Góra (POŁUDNIE) - Nadleśnictwa: Brzózka, Lubsko, Krzystkowice, Wymiarki, Zielona Góra

Ustalono także, że w SWZ zamawiający wskazał:

6.3. W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 8 i 10 PZP. Na podstawie:

(…)

3) art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP Zamawiający wykluczy 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 koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;

(por. treść SWZ, w dokumentacji postępowania, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła w zakresie części 7, 12, 13, 14 oferta odwołującego.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że 28 czerwca 2023 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie części 7, 12, 13, 14 zamówienia. W uzasadnieniu ww. czynności zamawiający wskazał, że *na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.*

W ramach niniejszego postepowania Zamawiający przewidział stosowanie fakultatywnej przesłanki wykluczenia ujętej w art. 109 ust.1 pkt 7) PZP. Wykonawca JMM Łucki spółka komandytowa z siedzibą w Nowej Soli został wykluczony z postępowania z uwagi na następujące okoliczności.

Zamawiający w punkcie 6.3 ppkt 3) SWZ przewidział fakultatywną przesłankę wykluczenia zgodnie z którą Zamawiający wykluczy 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 koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Wykonawca JMM Łucki spółka komandytowa z siedzibą w Nowej Soli jako członek konsorcjum w składzie LIDER: JMM Łucki spółka komandytowa z siedzibą w Nowej Soli oraz PARTNER: Zakład Usług Transportowo-Sprzętowych Ł.J z siedzibą w Nowej Soli zawarł z Zamawiającym dwie umowy nr ZTA.270.3.1.2022 Zadanie nr 7 z dnia 21 lipca 2022 oraz nr ZTA.270.3.1.2022 Zadanie nr 9 z dnia 21 lipca 2022, których przedmiotem była dostawa kruszywa. W świetle oświadczeń zawartych w ofercie konsorcjum JMM Łucki spółka komandytowa z siedzibą w Nowej Soli, w ramach przedmiotowych umów miała zajmować się sprawami organizacyjnymi związanymi z transportem i rozładunkiem i załadunkiem. Zgodnie z zawartymi umowami dostawy miały być realizowane na podstawie zleceń cząstkowych.

Pomimo wystawienia zleceń i kilkukrotnemu przedłużeniu terminu ich realizacji, które to przedłużenie nastąpiło na wniosek wykonawców, nie przystąpili oni do realizacji umów. Mając na uwadze, że Konsorcjum nie zrealizowało dostaw nawet w małej części, Zamawiający w dniu 10 października 2022 r. odstąpił od przedmiotowych umów z winy wykonawców oraz obciążył ich karą umową z tego tytułu. Przyczyny niewykonania umów leżały w pełni po stronie wykonawców, a fakt nie wykonania umowy nawet w najmniejszej części niewątpliwie czyni zadość zawartej w art. 109 ust. 1 pkt 7) PZP przesłance nienależytego wykonania istotnych zobowiązań umowy w znacznym stopniu.

Zaznaczyć należy, że Wykonawca nie podjął żadnych czynności w ramach ujętej w art. 110 PZP procedury samooczyszczenia. Na marginesie nadmienić należy również, że do dnia dzisiejszego nie naprawił on szkody poprzez zapłatę naliczonej kary umownej.

W związku z powyższym oferta wykonawcy JMM Łucki spółka komandytowa z siedzibą w Nowej Soli została odrzuca, gdyż była została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W tym samym piśmie zamawiający poinformował także, że zgodnie wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę EUROBUD Spółka z o.o, Klępina, ul. Klonowa nr 2, 66 - 010 Nowogród Bobrzański w zakresie m.in. część 7, 12, i 14.

Ustalono także, że odwołujący jako członek konsorcjum w składzie LIDER: odwołujący, PARTNER: Zakład Usług Transportowo-Sprzętowych Ł. J. z siedzibą w Nowej Soli zawarł z Zamawiającym dwie umowy nr ZTA.270.3.1.2022 Zadanie nr 7 z dnia 21 lipca 2022 oraz nr ZTA.270.3.1.2022 Zadanie nr 9 z dnia 21 lipca 2022, których przedmiotem była dostawa kruszywa.

W umowach tych strony przewidziały m.in. co następuje:

§2 ZLECENIE DOSTAW

1.Dostawa kruszywa odbywać się będzie na podstawie pisemnych zleceń wystawianych przez Zamawiającego (dalej „Zlecenia") na koniec każdego miesiąca, określających ilość dostawy na miesiąc następny. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć określoną w Zleceniu część w terminie do ostatniego dnia miesiąca, którego dotyczy zlecenie.

2.Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego o terminie wykonania dostawy w danym miesięcy, nie później niż 7 dni przed jej wykonaniem.

3.Zlecenie zawierać będzie wskazanie miejsca dostawy, z uwzględnieniem postanowień SWZ, wraz ze szczegółowym określeniem jej ilości.

5.Wykonawca nie może odmówić przyjęcia zlecenia.

6.Dopuszcza się modyfikację Zlecenia po jego przekazaniu, jeżeli wystąpią szczególne okoliczności uzasadniające taką modyfikację.

7.Wykonawca niezwłocznie po otrzymania Zlecenia obowiązany jest informować Zamawiającego w formie dokumentowej o wszelkich znanych mu okolicznościach uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie zlecenia.

§3 OKRES REALIZACJI PRZEDMIOTU UMOWY

Wykonawca zobowiązany jest wykonać Przedmiot Umowy w terminie 12 miesięcy od dnia podpisania Umowy.

§4 OBOWIĄZKI ZAMAWIAJĄCEGO

W ramach zawartej Umowy Zamawiający zobowiązany jest:

1)współpracować z Wykonawcą w celu sprawnego i rzetelnego wykonania Przedmiotu Umowy;

2)informować Wykonawcę o istotnych sprawach mogących mieć wpływ na realizację Przedmiotu Umowy, w tym w szczególności o planowanym zmniejszeniu zakresu dostaw;

3)dokonywać zapłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia, w terminach i na warunkach określonych w Umowie;

4)wystawiać Zlecenia na ilość jednorazowo nie mniejsza niż 2000 ton kruszywa.

§7 WYNAGRODZENIE

1.Za wykonanie Przedmiotu Umowy zgodnie z Umową, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ustalone zgodnie z § 7 ust. 2

wstępnie określone na podstawie Oferty na kwotę ……..
Kwota wynagrodzenia brutto, o której mowa w zdaniu poprzednim stanowi wartość Przedmiotu Umowy („Wartość Przedmiotu Umowy").
2.Wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie dostaw stanowiących przedmiot udzielonych Zleceń obliczane będzie na podstawie stawek jednostkowych zaoferowanych przez Wykonawcę w Postępowaniu, wskazanych w formularzu Oferty, stanowiącym załącznik nr 2 do niniejszej umowy oraz ilości faktycznie wykonanych i odebranych dostaw.
3.Ceny jednostkowe, nie będą podlegały zmianom w trakcie realizacji Umowy. Wykonawca niniejszym potwierdza, iż ceny jednostkowe za wykonanie poszczególnych dostaw uwzględniają wszystkie koszty związane z ich wykonaniem.
§8
KARY UMOWNE
1.Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w następujących wypadkach i wysokościach:
1)za zwłokę w wykonaniu dostawy w stosunku do terminu określonego w danym Zleceniu, o którym mowa w § 2 - w wysokości 0,5% Wartości Przedmiotu Umowy za każdy dzień zwłoki;
2)w przypadku odstąpienia od Umowy w całości lub w części z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 20% Wartości Przedmiotu Umowy;
§9 ODSTĄPIENIE OD UMOWY
1.Niezależnie od podstaw odstąpienia od Umowy wynikających z przepisów prawa lub z innych postanowień Umowy, Zamawiający ma prawo odstąpić od Umowy, gdy Wykonawca pomimo wezwania ze strony Zamawiającego nie wykonuje Umowy lub wykonuje ją nienależycie. Z uprawnienia, o który mowa w zdaniu pierwszym, Zamawiający może skorzystać w terminie 6 miesięcy od dnia zaistnienia okoliczności stanowiącej podstawę odstąpienia.
§11
ZMIANA UMOWY
1.Zamawiający na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP przewiduje możliwość dokonania następujących zmian Umowy:
1)w zakresie zmiany terminów realizacji świadczeń wchodzących w skład Przedmiotu Umowy, stosownie do przypadku:
a)(…)
b)o czas działania Siły Wyższej oraz o czas niezbędny do usunięcia jej skutków i następstw,
c)w przypadku zmiany powszechnie obowiązującego prawa, regulujących zasady wykonywania Przedmiotu Umowy o czas niezbędny do dostosowania wykonania Przedmiotu Umowy lub jego części o zmienionego stanu prawnego,
d)o czas, kiedy realizacja Przedmiotu Umowy była niemożliwa oraz następstw tego zdarzenia w przypadku napotkania przez Wykonawcę lub Zamawiającego okoliczności niemożliwych do przewidzenia i niezależnych od nich,
(…)
- przy czym każda zmiana może nastąpić tylko o czas niezbędny do wykonania Przedmiotu Umowy lub jego części, nie dłużej jednak niż o okres trwania okoliczności będących podstawą zmiany oraz ich następstw.
2.Wystąpienie którejkolwiek z okoliczności mogących powodować zmianę Umowy, nie stanowi zobowiązania Zamawiającego do dokonania zmian, ani nie może stanowić podstawy do jakichkolwiek roszczeń Wykonawcy do ich dokonania.
(por. ww. umowy, załącznik nr 9 i 10 do odwołania).

Ustalono kolejno, że Zamawiający zgodnie z umową na zadanie nr 7 wystawił wykonawcy zlecenia na dostawę pierwszych partii kruszywa, a mianowicie:
1. Zlecenie nr 1 z dnia 1 lipca 2022 r. na dostawę kruszywa 0/63 mm w ilości 4108 t oraz kruszywa 0/5 mm w ilości 200 t – termin realizacji 31 sierpnia 2022 r.
2. Zlecenie nr 2 z dnia 31 sierpnia 2022 r. na dostawę kruszywa 0/63 mm w ilości 2000 t oraz kruszywa 0/5 mm w ilości 548 t – termin realizacji 30 września 2022 r.

Zgodnie natomiast z umową na zadanie nr 9 Zamawiający wystawił Wykonawcy również dwa zlecenia, a mianowicie:
1. Zlecenie nr 1 z dnia 1 lipca 2022 r. na dostawę kruszywa 0/31,5 mm w ilości 2000 t oraz kruszywa 0/5 mm w ilości 200 t– termin realizacji 30 sierpnia 2022 r.
2. Zlecenie nr 2 z dnia 31 sierpnia 2022 r. na dostawę kruszywa 0/31,5 mm ilości 1613 t oraz piasku U3 w ilości 885 t – termin realizacji 30 września 2022 r.
(por. ww. zlecenia, załączniki nr 3 i 4 do odpowiedzi na odwołanie, w aktach sprawy).

Ustalono także, że w dniu 1 września 2022 r. Zakład Usług Transportowo-Sprzętowych Ł.J. z siedzibą w Nowej Soli skierował do zamawiającego pismo, w którym oświadczył, co następuje:
Przystępując do przetargu na dostawę kruszywa na Zadanie nr 7 były ustalenia z Firmą „Rosiński Logistics" na dostawę wagonami do Stacji Nowa Sól lub Niedoradz oraz Świebodzin. Pozostała część - rozładunek i przewóz z PKP do lasu był po mojej stronie.

Przystępując do przetargu przyjąłem ceny wcześniej ustalone z Firmą „Rosiński Logistics".
Do dnia 1.09.2022r. kilkakrotnie wysyłałem do Firmy „Rosiński" ponaglenia o realizacje zamówień otrzymanych z OTL-u.
W tym czasie Firma ta - od dnia ustalenia mojej oferty do przetargu OTL Świebodzin - trzy razy podwyższała ceny za kruszywo, których nie mogę zaakceptować, ponieważ ich cena równa się z ceną umowy z Państwa Firmą. A gdzie koszty rozładunku i transportu do lasu.
Tłumaczą się oni podwyżką cen przez PKP CARGO. Gdyby oni wygrali przetarg to zadanie to musieli by zrealizować bez względu na wszystko.
W przetargu na Zadanie Nr 7 Nadleśnictwo Przytok II-ga oferta była Firmy EUROBUD Spółka z o.o. z ceną wyższą o 119 270,64 zł (tj. o 18%), a III-cia oferta Firmy „DAARAM" Sp. z o.o. była wyższa o 145 759,18 zł.
Na zadanie Nr 9 — dostawa kruszywa na teren Nadleśnictwa Babimost złożona była oferta Pana Rosińskiego wyższa o 17 426,03 zł, Firmy DAARAM" Sp. z o.o wyższa o 47 681,56 zł i III-cia oferta Firmy EUROBUD Sp. z o.o. już wyższa 184 859.77 zł.
Z uwagi na wysokość ceny z II-iej i III-ciej oferty wynika, że moja firma zakładała do przetargu wożenie tłucznia wagonami.
Czekam na odpowiedź z Firmy „Rosiński Logistics". W ubiegłym roku z tą Firmą zrealizowałem dla Państwa 20 000 ton wagonami.
Proszę o ustosunkowanie się do mojej prośby i przesunięcie terminu realizacji do dnia 10 września 2022r.
(por. ww. oświadczenie, załącznik nr 7 do odwołania, załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwolanie)

Do ww. pisma załączono korespondencję a-mailowa z Firmą, Rosiński Logistic
(por. załącznik nr 8 do odwołania, załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie).
Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. pismo, Zamawiający pismem z dnia 5 września 2022 r. wyraził zgodę na przesunięcie terminu realizacji do dnia 10 września 2022 r.
(por. załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie).
Ustalono także, że w dniu 13 września 2022 r. pełnomocnik konsorcjum z udziałem odwołującego skierował do zamawiającego oświadczenie, w którym wskazał, co następuje:
Wnoszę o renegocjację warunków umowy ZTA.270.3.1.2022 Zadanie nr 9 z dnia 21 lipca 2022 r.

W związku z zaistniałą sytuacją wynikającą z toczącej się wojny w Ukrainie, obecnie na rynku kruszywo podrożyło trzykrotnie. Dodatkowo znacznie wzrosły koszty tych materiałów spowodowane wzrostem cen paliw.

W tej sytuacji w/w umowa stała się nierentowna i moich mocodawcy ponoszą z jej tytułu znaczne straty.

Mając powyższe na uwadze zasadnym jest zatem podjęcie negocjacji w celu zmiany umowy poprzez renegocjację cen, czy też zmianę zakresu robót i podpisanie stosownego aneksu do umowy. Takie rozwiązanie pozwoli na dalszą współpracę bez szkody dla obu stron.

W przypadku braku chęci podjęcia polubownych negocjacji moi mocodawcy muszą rozważyć skorzystanie z instytucji przewidzianej w art. 357^1 § 1 k.c. i rozwiązać umowę na drodze postępowania sądowego, czego mimo wszystko pragniemy uniknąć.

Zgodnie z art. 357^1 § 1 k.c. jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.
(por. załącznik nr 5 do odwołania, załącznik nr 7 do odpowiedzi na odwołanie)
Ustalono kolejno, że w dniu 13 września 2023 r. Zamawiający wystosował do Konsorcjum z udziałem odwołującego pismo z dnia 13 września 2022 r. zawierające szersze ustosunkowanie się do argumentów podnoszonych przez Konsorcjum w piśmie z dnia 1 września 2022 r. W piśmie tym zamawiający wskazał m.in. co następuje:
Zgodnie z § 2 ust. 7 Wykonawca niezwłocznie po otrzymaniu Zlecenia obowiązany jest informować Zamawiającego w formie dokumentowej o wszelkich znanych mu okolicznościach uniemożliwiających lub utrudniających wykonanie zlecenia. W dniu 12.09.2022r. otrzymaliśmy dwie wiadomości w formie elektronicznej dotyczące braku wagonów PKO CARGO, wzrostu kosztów energii, czego konsekwencją jest wzrost cen kruszyw. Z otrzymanych wiadomości wynika, że kruszywo jest dostępne, lecz wzrosły koszty które wpłynęły na wzrost cen kruszyw. Biorąc pod uwagę, że umowa została zawarta w lipcu br. mógł Pan jako przedsiębiorca zabezpieczyć się na takie okoliczności odpowiednimi zapisami umów z podmiotami u których nabywa Pan kruszywo i które świadczą transport i zadbać o swoje interesy.
Zgodnie z warunkami określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (Dział 15 Rozdział 15.1 i 15.2) przedmiotowego postępowania oraz § 10 ust. 3 umowy Wykonawca przystępujący do złożenia oferty zobowiązany jest podać ceny jednostkowe w taki sposób, aby pokrywały one wszelkie koszty i ryzyko związane z realizacją całego przedmiotu umowy.

Zamawiający wskazał w ww. piśmie także m.in., że:

zjawiska tego rodzaju jak wzrost cen paliw i innych produktów ropopochodnych, transportu, czy też inflacja są zjawiskami, z których wystąpieniem winien liczyć się każdy dłużnik, w szczególności przedsiębiorca.
Umowa zawarta była w lipcu 2022 r. , w okresie ,gdy wojna na Ukrainie już trwała a ceny paliw ustabilizowały się. Podane argumenty nie są zatem przekonujące i nie mogą stanowić podstaw do negocjacji umowy pomiędzy nami.

W piśmie tym także zamawiający nie wyraził zgody na zwiększenie wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 umowy i wezwał do dostarczenia zamówionych ilości kruszyw zgodnie ze zleceniem nr 1 do 16 września 2023 r.
(por. załącznik nr 8 do odpowiedzi na odwołanie).

Kolejno ustalono, że w dniu 14 września 2022 r. pełnomocnik Konsorcjum wystąpił ponownie o renegocjacje umowy, tym podnosząc argumenty związane z transportem kolejowym PKP Cargo S.A. Wskazał m.in., że *„W niniejszej sytuacji, która panuje na rynku niemożliwym stała się dostawa kruszywa za pośrednictwem wagonów kolejowych m.in. PKP Cargo, albowiem firmy odmawiają udzielenie transportu na tak niskie zapotrzebowanie, tj. poniżej 40 wagonów i ładowności wagonu poniżej 2000 ton, a także na wzmożone zapotrzebowanie na wagony w celu transportu węgla. Z tych też względów niemożliwa stała się dostawa koleją, co zmienia warunki umowy, tj., sposobu transportu. Mój Klient będzie musiał dokonać transportu pojazdami ciężarowymi (…)*.
(por. załącznik nr 9 do odpowiedzi na odwołanie)

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. pismo Zamawiający odpowiedział pismem z dnia 15 września 2022 r., podtrzymując poprzednie stanowisko. Zamawiający w ww. piśmie wskazał m.in. *Nawiązując do pisma Pana pełnomocnika z dnia 14.09.2022r. w sprawie negocjacji w/w umów podtrzymuję w całości argumenty przywołane w naszym ostatnim piśmie z dnia 13.09.2022. Nie widzę podstaw do negocjacji warunków cenowych umów. Podane przez Pana okoliczności nie wykraczają poza zwyczajne ryzyko gospodarcze z jakim mierzy się każdy przedsiębiorca.*
(por. załącznik nr 10 do odpowiedzi na odwołanie).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 16 września 2022 r. Konsorcjum zawnioskowało o rozwiązanie umów na zadania nr 7 i 9 za porozumieniem stron, bez naliczania kar umownych. Zamawiający odpowiedział negatywnie na przedmiotowy wniosek pismem z dnia 20 września 2022 r.
(por. załączniki nr 11 i 12 do odpowiedzi na odwołanie).
Ustalono także, że w dniu 20 września 2022 r. pełnomocnik odwołującego skierował do zamawiającego oświadczenie, w którym wskazał, co następuje:
(…) w odpowiedzi na pismo z dnia 20.09.2022 r., zwracam się z prośbą o wydłużenie terminu dostawy z dnia 22 września na dzień 27 września 2022 r.
Z powodu opóźnień w dostawie kruszywa od dostawców, mój Klient jest w stanie najszybciej dostarczyć zamówione kruszywo w dniu 27 września 2022 r., wiąże się to ze znacznymi utrudnieniami w transporcie, a także potrzeby reorganizacji dostawy.
(por. załącznik nr 6 do odwołania, załącznik nr 13 do odpowiedzi na odwołanie).

Kolejno ustalono, że Zamawiający, w piśmie z dnia 21 września 2022 r. przychylił się do przedmiotowego wniosku informując jednak, że z końcem września upływa także termin realizacji Zleceń nr 2.
(po. załącznik nr 14 do odpowiedzi na odwołanie).

Kolejno ustalono, że w dniu 27 września 2022 r. w siedzibie Zamawiającego odbyło się spotkanie stron, na którym Konsorcjum zawnioskowało o podwyższenie wynagrodzenia przewidzianego umowami, argumentując to koniecznością zmiany sposobu transportu z kolejowego na samochodowy. Wskazywało, że firma, z która współpracuje, a która miała zakontraktowane kruszywo dostarczyć koleją, odmówiła mu dostaw za wcześniej uzgodnioną cenę. Zamawiający wyjaśnił, iż brak było możliwości wprowadzenia takich zmian. Wówczas Konsorcjum zaproponowało rozwiązania umowy na zasadzie porozumienia stron, ale pod warunkiem, że zamawiający nie naliczy kar umownych. Zamawiający poinformował, że nie ma możliwości zrezygnowania z naliczania kar umownych.
(por. załącznik nr 15 do odpowiedzi na odwołanie).

Ustalono także, że Zamawiający w dniu 10 października 2022 r. odstąpił od przedmiotowych umów z winy wykonawców oraz obciążył ich karą umową z tego tytułu. W oświadczeniach o odstąpieniu zamawiający wskazał, m.in.:
II. Odstąpienie od umowy następuje na podstawie §9 ust.1 umowy o treści:
„Niezależnie od podstaw odstąpienia od Umowy wynikających z przepisów prawa lub z innych postanowień Umowy, Zamawiający ma prawo odstąpić od Umowy, gdy Wykonawca pomimo wezwania ze strony Zamawiającego nie wykonuje Umowy lub wykonuje ją nienależycie. Z uprawnienia, o którym mowa w zdaniu pierwszym, Zamawiający może skorzystać w terminie 6 miesięcy od dnia zaistnienia okoliczności stanowiącej podstawę odstąpienia".
III. Zgodnie z § 9 ust.2 umowy: Odstąpienie od Umowy wywołuje skutek w stosunku do zobowiązań nieodebranych do dnia złożenia oświadczenia o odstąpieniu (tzw. odstąpienie ze skutkiem ex nunc). (…)

Pomimo dobrej woli Zamawiającego i wielokrotnego wydłużania terminów realizacji zlecenia nr 1 nie zostało ono zrealizowane. Wykonawca nie zrealizował także zlecenia nr 2. Zamawiający nie może już dłużej czekać na dostawy, gdyż

sam popadł w zwłokę z realizacją swoich zobowiązań umownych. Bez kruszywa Zamawiający nie może realizować swoich zobowiązań wobec podmiotów trzecich.

Dalsze wydłużanie terminów dostaw jest niecelowe, gdyż jak wykazano powyżej Zamawiający uczynił to kilkakrotnie , a mimo to umowa nie została w najmniejszym nawet zakresie zrealizowana.

Pomimo wskazanych powyżej działań Zamawiającego, które zmierzały do pomocy Wykonawcy w realizacji umowy, umowa nie była realizowana przez Wykonawcę zgodnie z jej postanowieniami, co wypełnia przesłanki do odstąpienia od umowy wskazane w jej §9 ust.1.

Z powodu braku realizacji umowy przez Wykonawcę Zamawiający ma obecnie trudności z realizacją swoich zobowiązań na realizacje robót drogowych i jest narażony na znaczne szkody z tego tytułu.
(por. załącznik nr 16 do odpowiedzi na odwołanie).

Kolejno ustalono, że pismami z dnia 13 stycznia 2023 r. Zamawiający naliczył Konsorcjum kary umowne w związku z odstąpieniem od umowy z winy Konsorcjum.
(por. załącznik nr 17 do odpowiedzi na odwołanie).

Kolejno ustalono, że w piśmie z dnia 18 stycznia 2023 r. pełnomocnik Konsorcjum z udziałem odwołującego poinformował, że nie uznaje nałożonych na jego klienta kar umownych. Wskazał, że w jego ocenie do rozwiązania umów doszło w wyniku niezawinionych przez jego Klienta okoliczności. W związku ze zbrojna agresją Rosji na Ukrainę powstał kryzys energetyczny w postaci braki węgla. Decyzją Prezesa Rady Ministrów zobowiązano PKP Cargo S.A. do strategicznego transportu węgla energetycznego priorytetowo, co miało wpływ na operacyjną dostępność zasobów, tj. wagonów.
(por. załącznik nr 17 do odpowiedzi na odwołanie).\

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. pismo zamawiający skierował do pełnomocnika konsorcjum z udziałem odwołującego pismo z dnia 30 stycznia 2023 r. W piśmie tym wskazał, co następuje:
nie uznaję zasadności tych argumentów. Zwracam uwagę na fakt, że na mocy §8 ust.1 pkt.2) w/w umów Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w przypadku odstąpienia od Umowy w całości lub w części z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 20% Wartości Przedmiotu Umowy.

Nie muszą to być zatem przyczyny zawinione przez wykonawcę, aby ponosił on odpowiedzialność z tytułu kar umownych w przypadku odstąpienia od umów. Pan Ł. jako przedsiębiorca sam wybrał sposób transportu kruszywa i ponosi z tego tytułu ryzyko gospodarcze.
Należy wyraźnie podkreślić, że OTL nie miał umów zawartych z PKP Cargo , tylko z Panem Ł., a wybór środka transportu kruszywa należał do Pana Ł. i nie ograniczał się on tylko do transportu kolejowego.

Argumenty podnoszone przez Pana w piśmie z 18.01.2023 nie są nowe i zostały już w zasadzie skomentowane przez OTL w szczególności w obszernym piśmie z 13.09.2022 r. Stanowisko OTL w niniejszej sprawie wyrażone w dotychczasowej korespondencji, w tym w piśmie z dnia 13.09.2022 r. pozostaje aktualne.

Z licznej korespondencji jaka była prowadzona z Państwem w tej sprawie wynika, że pierwotnie Pana Mandant dążył do wzrostu cen kruszywa i przełożenia terminów dostaw, a powoływane w dotychczasowych pismach wykonawcy argumenty zmierzają jedynie do zwolnienia się z jakiejkolwiek odpowiedzialności za zaciągnięte wobec OTL zobowiązania.
(por. załącznik nr 17 do odpowiedzi na odwołanie).

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie w części nr 7 zamówienia z powodu niewykazania przez odwołującego przesłanek do wniesienia odwołania wynikających z art. 505 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.*

Jak wynikało z porównania ofert, oferta odwołującego w części 7 zamówienia okazała się ofertą mniej korzystną od oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. W tej sytuacji szkoda, polegająca na nieuzyskaniu zamówienia w części 7, jaką może ponieść odwołujący, pozostaje bez związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Nieuzyskanie zamówienia przez odwołującego w części nr 7 jest bowiem wynikiem złożenia przez niego mniej korzystnej oferty od oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Za niezasadną uznano argumentację odwołującego, na jaką powołał się w trakcie posiedzenia Izby. Odwołujący przyznał, że jego oferta w części nr 7 wprawdzie jest mniej korzystniejsza od oferty wybranej, jednakże możliwość poniesienia potencjalnie szkody w uzyskaniu zamówienia w części 7 wywodził z hipotetycznej możliwości nieprzystąpienia przez wykonawcę wybranego do podpisania umowy w części nr 7.

Zdaniem Izby, wystąpienie szkody, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, nie może być rozpatrywane

hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu, którego korzystniejsza oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie zdecyduje się podpisać umowy. Dopiero w wyniku niepodpisania umowy w części nr 7 przez tego wykonawcę, po stronie odwołującego, może wystąpić realna szkoda pozostająca w związku z naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu. W przypadku, gdy korzystniejsza oferta innego wykonawcy została wybrana, odwołujący, który nie kwestionuje tej oferty, nie jest w stanie wykazać przesłanki poniesienia szkody. Jakakolwiek szkoda po stronie odwołującego mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności zamawiającego, które mają charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wiadomo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku nieprzystąpienia innego wykonawcy, który złożył korzystniejszą i niekwestionowaną ofertę, do podpisania umowy. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomiką postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania.

Skutkiem stwierdzenia braku legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie części zamówienia nr 7, jest konieczność oddalenia odwołania w tej części, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W pozostałym zakresie, a więc w jakim odwołanie odnosiło się do odrzucenia oferty odwołującego w częściach nr 12, 13 i 14 Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się 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.*

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że niewykonanie przez konsorcjum z jego udziałem zawartych z zamawiającym umowy nr ZTA.270.3.1.2022 na zadanie nr 7 z dnia 21 lipca 2022 r. oraz umowy nr ZTA.270.3.1.2022 na zadanie nr 9 z dnia 21 lipca 2022 r., nie nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego nie znalazło potwierdzenia w ustalonym przez Izbę na podstawie całokształtu materiału dowodowego stanie faktycznym sprawy.

Jak wynikało dowodów złożonych przy odpowiedzi na odwołanie, zamawiający zgodnie z umową na zadanie nr 7 wystawił konsorcjum z udziałem odwołującego zlecenia na dostawę pierwszych partii kruszywa, a mianowicie:

1. Zlecenie nr 1 z dnia 1 lipca 2022 r. na dostawę kruszywa 0/63 mm w ilości 4108 t oraz kruszywa 0/5 mm w ilości 200 t – termin realizacji 31 sierpnia 2022 r.

2. Zlecenie nr 2 z dnia 31 sierpnia 2022 r. na dostawę kruszywa 0/63 mm w ilości 2000 t oraz kruszywa 0/5 mm w ilości 548 t – termin realizacji 30 września 2022 r.

Zgodnie natomiast z umową na zadanie nr 9 zamawiający wystawił konsorcjum z udziałem odwołującego także dwa zlecenia, to jest:

1. Zlecenie nr 1 z dnia 1 lipca 2022 r. na dostawę kruszywa 0/31,5 mm w ilości 2000 t oraz kruszywa 0/5 mm w ilości 200 t– termin realizacji 30 sierpnia 2022 r.

Przedmiotem przedmiotowych umów była dostawa kruszyw na rzecz zamawiającego. Odwołujący nie będąc w ich posiadaniu powinien zabezpieczyć możliwość pozyskania tego materiału od swych kontrahentów za cenę, która umożliwiła mu złożenie oferty. Dodatkowo, jak wynikało z treści odwołania odwołujący zakładał częściowo dostarczenie tych kruszyw transportem kolejowym. Składając ofertę powinien zatem zabezpieczyć sobie ich transport na takich warunkach, które czyniłyby opłacalną złożoną przez niego ofertę. W tej sytuacji, od przedsiębiorcy, uwzględniając profesjonalny charakter prowadzonej przez niego działalności, można było oczekiwać, że decydując się na złożenie oferty na samodzielnie określonych przez siebie warunkach, poczyni starania celem rozeznania sytuacji na rynku i przed złożeniem oferty, na wypadek wygrania przetargu, zapewni sobie dostęp do materiału i do środków transportu po adekwatnej cenie.

Izba stwierdziła, że odwołujący mimo iż już w czerwcu 2022 r. złożył oferty zamawiającemu na zadania nr 7 i 9, a w dniu 21 lipca 2022 r. zawarł z zamawiającym sporne umowy, to dopiero w miesiącu sierpniu 2022 r. podjął jakiekolwiek starania celem zabezpieczenia sobie od swych kontrahentów dostaw kruszywa i ich transportu. Jak wynikało z załączonego przez samego odwołującego pisma z dnia 1 września 2022 r. (załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie),

konsorcjum z udziałem odwołującego zamierzało nabyć na potrzeby realizacji zamówienia kruszywo od firmy „Rosiński Logistics" (por. pismo Konsorcjum z dnia 1 września 2022 r.). Odwołujący nie przedstawił jednak Izbie żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że w momencie składania oferty w maju 2022 r. konsorcjum zabezpieczyło się poprzez zawarcie jakiejkolwiek umowy, czy choćby zarezerwowało kruszywo od firmy Rosiński Logistics na warunkach umożliwiających złożenie oferty zamawiającemu po cenie w niej określonej. Jakiekolwiek działania celem nabycia kruszywa konsorcjum z udziałem odwołującego podjęło dopiero w sierpniu 2022 r., co wynikało z korespondencji z firmą Rosiński Logistics załączonej do pisma członka konsorcjum odwołującego z dnia 1 września 2022 r. (załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie). Takie działanie konsorcjum z udziałem odwołującego należało uznać za obarczone znaczącym ryzykiem i to ono przyczyniło się istotnie do niewykonania zamówienia publicznego.

Na to, iż przy odpowiednim wcześniejszym zabezpieczeniu sobie łańcucha dostaw i transportu istniała możliwość zrealizowania dostaw kruszywa na warunkach określonych w ofertach złożonych wiosną 2022 r. wskazywał także fakt, że konkurenci odwołującego tj. „DAARAM" Spółka z o. o. w Żarach oraz EUROBUD sp. z o.o. w Nowogrodzi Bobrzańskim, którzy uzyskali zamówienie na innych zadaniach w tym samym postepowaniu, zrealizowali należycie na pierwotnych warunkach umowy na dostawę kruszyw do innych lokalizacji znajdujących się terenie Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Zielonej Górze. Powyższe Izba ustaliła, na podstawie dowodów z dokumentów: Faktura VAT FDW/08/2022/31 oraz Faktura VAT FDW/08/2022/8 wraz z dokumentami przewozowymi, które stanowiły załącznik nr 19 do odpowiedzi na odwołanie.

Jeśli chodzi o wybór środka transportu PKP Cargo S.A. dokonany przez konsorcjum z udziałem odwołującego, to dowód nr 2 złożony przez odwołującego na posiedzeniu Izby nie potwierdzał niemożliwości transportu przy pomocy tego przewoźnika. Jak wynikało z tego dowodu konsorcjum z udziałem odwołującego zwróciło się do PKP Cargo z propozycją przewozu kruszyw dopiero w dniu 28 września 2022 r. Rzeczywiście w świetle tej korespondencji możliwości transportowe choć istniały, to jednak były ograniczone. Jednakże na te ograniczone możliwości mógł mieć wpływ fakt, że konsorcjum z udziałem odwołującego składając ofertę odpowiednio wcześniej nie zabezpieczyło (zarezerwowało) w jakikolwiek sposób warunków przewozu przy pomocy tego przewoźnika, gdyż zwróciło się dopiero w dniu 28 września 2022 r.

Izba stwierdziła ponadto, że odwołujący w treści odwołania jedynie bardzo ogólnie powoływał się gospodarcze skutki pandemii, wysoką inflację, wybuch wojny w Ukrainie, przeobrażenia gospodarcze spowodowane globalnym wyzwaniem adaptacji sytuacji do zastanych warunków w związku w wybuchem wojny. Jednakże odwołujący nie wykazał w żaden sposób, że to właśnie owe czynniki, a nie niewątpliwe zaniechania organizacyjne po stronie samego konsorcjum z udziałem odwołującego, o których była mowa wyżej, wpłynęły na niewykonanie przez niego spornych umów na rzecz zamawiającego.

Odwołujący pomijał także fakt, że wojna na Ukrainie wybuchła w lutym 2022 r., a więc kilka miesięcy przed złożeniem oferty przez jego konsorcjum i dokonywaniem przez niego kalkulacji kosztów. Również inflacja w Polsce rosła co najmniej od końca 2021 r. Z kolei stan pandemii z tytułu Covid 19 został ogłoszony w marcu 2020 r. Odwołujący nie mógł zatem skutecznie powoływać się na to, że w momencie ofertowania, a następnie podpisania umów w lipcu 2022 r. te zjawiska były mu nieznane. Przeciwnie, to właśnie z uwagi na te czynniki tym bardziej należało oczekiwać od konsorcjum odwołującego, że w momencie ofertowania należycie zabezpieczy swój łańcuch dostaw przez zawarcie stosownych umów, czy dokonanie odpowiednich rezerwacji na wypadek uzyskania zamówienia.

W treści odwołania odwołujący powołał się także na „trzykrotność podrożenia cen kruszywa". Także w piśmie z dnia 13 września 2022 r. skierowanym przez pełnomocnika konsorcjum z udziałem odwołującego do zamawiającego (załącznik nr 3 do odwołania, załącznik nr 7 do odpowiedzi na odwołanie), pełnomocnik konsorcjum odwołującego utrzymywał, że „obecnie na rynku kruszywo podrożało trzykrotnie". Jednakże odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że cena kruszywa w okresie przypadającym na realizację zadań nr 7 i 9 wzrosła trzykrotnie w stosunku do momentu kalkulacji ceny oferty. Na tę okoliczność odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu. Natomiast zamawiający przedstawił przy odpowiedzi na odwołanie dowody przeciwne. Jak ustalono na podstawie dowodu z dokumentu - bazy realnych cen do kosztorysów Intercenbud wzrost cen netto za 1 tonę kruszywa w okresie II- IV kwartału roku 2022 był niewielki i wyniósł:

1. kruszywo mineralne łamane o frakcji 0-31,5 mm odpowiednio II kwartał 66,83zł, III kwartał 67,23 zł, IV kwartał 66,49 zł;
2. kruszywo mineralne łamane o frakcji 0-63 mm odpowiednio II kwartał 66,13 zł, III kwartał 66,54 zł, IV kwartał 66,78 zł;
3. miał do nawierzchni drogowych 0-4,0 mm odpowiednio II kwartał 30,31 zł, III kwartał 31,71 zł, IV kwartał 33,21 zł;
4. piasek podsypkowy odpowiednio II kwartał 21,28 zł, III kwartał 21,34 zł, IV kwartał 21,37 zł.

(por. załącznik nr 20 do odpowiedzi na odwołanie).

Nie można było się także zgodzić z odwołującym, że zamawiający wyznaczył konsorcjum z jego udziałem krótki termin spełnienia warunków umowy od terminu wezwania do dostarczenia kruszywa co miałoby rzekomo świadczyć o tym, że to po stronie zamawiającego występowała zła wola i zmierzał on tym samym do nadużycia swojego prawa

podmiotowego w rozumieniu art. 5 KC w zw. z art. 8 Pzp.

Izba stwierdziła, że to samo konsorcjum z udziałem odwołującego w treści umów zawartych w lipcu 2022 r. zgodziło się na to, że dostawa kruszyw odbywać się będzie na podstawie pisemnych zleceń na koniec każdego miesiąca, określających ilość dostawy na miesiąc następny. Odwołujący w świetle ww. postanowień umownych zgodził się także dostarczać określoną w zleceniu część świadczenia w terminie do ostatniego dnia miesiąca, którego dotyczy zlecenie (por. § 2 ust. 1 umów, załącznik nr 7 do odwołania).

Zamawiający zgodnie z umową na zadanie nr 7 wystawił konsorcjum z udziałem odwołującego zlecenia na dostawę pierwszych partii kruszywa, a mianowicie:

1. Zlecenie nr 1 z dnia 1 lipca 2022 r. na dostawę kruszywa 0/63 mm w ilości 4108 t oraz kruszywa 0/5 mm w ilości 200 t – termin realizacji 31 sierpnia 2022 r.

2. Zlecenie nr 2 z dnia 31 sierpnia 2022 r. na dostawę kruszywa 0/63 mm w ilości 2000 t oraz kruszywa 0/5 mm w ilości 548 t – termin realizacji 30 września 2022 r.

Zgodnie natomiast z umową na zadanie nr 9 zamawiający wystawił konsorcjum z udziałem odwołującego również dwa zlecenia, to jest:

1. Zlecenie nr 1 z dnia 1 lipca 2022 r. na dostawę kruszywa 0/31,5 mm w ilości 2000 t oraz kruszywa 0/5 mm w ilości 200 t– termin realizacji 30 sierpnia 2022 r.

2. Zlecenie nr 2 z dnia 31 sierpnia 2022 r. na dostawę kruszywa 0/31,5 mm ilości 1613 t oraz piasku U3 w ilości 885 t – termin realizacji 30 września 2022 r.

(por. załączniki nr 3 i 4 do odpowiedzi na odwołanie).

Jak wynikało z powyższego, sposób wystawiania zleceń odpowiadał zatem treści § 2 ust. 1 umów. Co więcej, jak wynikało z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, zamawiający w odpowiedzi na wniosek odwołującego z dnia 1 września 2022 r. pismem z dnia 5 września 2022 r. wyraził zgodę na przesunięcie terminu realizacji zleceń nr 1 do dnia 10 września 2022 r. (por. załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie). Ponadto w odpowiedzi na pismo konsorcjum z udziałem odwołującego z dnia 20 września 2022 r. zamawiający, w piśmie z dnia 21 września 2022 r. ponownie przedłużył termin realizacji zleceń nr 1 do dnia 27 września 2022 r. (por. załącznik nr 14 do odpowiedzi na odwołanie).

Biorąc powyższe pod uwagę, nie można było stwierdzić, aby po stronie zamawiającego występowała zła wola i zmierzał on tym samym do nadużycia swojego prawa podmiotowego. Przeciwnie, zamawiający współpracował z konsorcjum odwołującego przy realizacji zamówienia i wychodził naprzeciw jego wnioskom o wydłużenie terminu realizacji zleceń nr 1, pomimo, iż zlecenia nr 1 zostały wystawione zgodnie z treścią zawartych umów.

Dostrzeżenia wymagało także, że konsorcjum z udziałem odwołującego nie wystąpiło także w stosownym czasie do sądu powszechnego celem zmiany sposobu wykonania zobowiązania, wysokości świadczenia czy rozwiązania umów w trybie art. 357^1 § 1 Kodeksu cywilnego. Stosownie do ww. przepisu, *Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.*

W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że ziściły się wszystkie przesłanki wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Konsorcjum z udziałem odwołującego, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonało w jakiejkolwiek części zamówień publicznych w zakresie zadań nr 7 i 9, co doprowadziło do odstąpienia przez zamawiającego od umów i nałożenia na nie kar umownych (por. załączniki nr 16 i 17 do odpowiedzi na odwołanie).

Co istotne, odwołujący nie powoływał się także na procedurę samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, a która – przy spełnieniu wymogów opisanych w treści tego przepisu – mogłaby doprowadzić do zaniechania wykluczenia go z postępowania. Nie było także sporne, że odwołujący odmówił także zapłaty nałożonych na niego kar umownych (por. załącznik nr 17 do odpowiedzi na odwołanie).

Zdaniem Izby brak było również podstaw do zastosowania przepisu art. 109 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu, *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.*

Jak wynika z ww. przepisu odstąpienie od wykluczenia dotyczy sytuacji, gdy taka czynność byłaby nieproporcjonalna i to w stopniu, który jest oczywisty. W analizowanej sprawie zaniedbania organizacyjne po stronie konsorcjum z udziałem odwołującego miały charakter uniwersalny, gdyż dotyczyły podstawowych mechanizmów, jakie

powinny towarzyszyć profesjonalnemu sposobowi kalkulowania przez przedsiębiorcę ceny ofertowej w publicznych przetargach, jak również dotyczyły podstawowych mechanizmów organizacji łańcucha dostaw przy realizacji zamówienia publicznego.

Odwołujący złożył wprawdzie w charakterze dowodu poświadczenia należytego wykonania w przeszłości zamówień na rzecz zamawiającego (dowód nr 1 złożony przez odwołującego na posiedzeniu Izby). Jednakże dowody te dotyczyły realizacji kontraktów zawartych w przeszłości, to jest przed odstąpieniem przez zamawiającego od umów w zakresie zadań nr 7 i 9. Zamawiający nie miał więc jakichkolwiek podstaw aby przyjąć, że zaniedbania, które miały miejsce przy realizacji zadań nr 7 i 9 zostały usunięte, ani że odwołujący podjął jakiekolwiek środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, ani że wdrożył profesjonalne standardy kalkulowania cen ofertowych i organizacji łańcucha dostaw. Nie można było zatem utrzymywać, że wykluczenie odwołującego było nieproporcjonalne, a tym bardziej w stopniu, który można określić mianem oczywistego.

Chybiona okazała się także argumentacja odwołującego wywodzona z treści dowodu nr 3 złożonego przez niego na posiedzeniu. Powołując się na dowód nr 3 (Informacja zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z 7 kwietnia 2023 r. w postępowaniu prowadzanym przez zamawiającego na dostawę kruszyw naturalnych łamanych z podziałem na zadania nr 1, 2, 3 i 4) odwołujący wywodził, że zamawiający w ww. postępowaniu nie wykluczył Zakładu Usług Transportowo-Sprzętowych J.Ł. z udziału w postępowaniu na analogicznej podstawie prawnej, na jakiej obecnie wykluczył odwołującego. Zamawiający odnosząc się w trakcie rozprawy do ww. dowodu stwierdził, że postępowanie, o którym była mowa w tym dowodzie, było prowadzone z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej". Ponieważ zaś oferta konsorcjum z udziałem Zakładu Usług Transportowo-Sprzętowych J. Ł. w świetle ww. dowodu nie była ofertą najkorzystniejszą, to zamawiający nie badał sytuacji podmiotowej tego wykonawcy z uwagi na zastosowaną procedurę odwróconą.

Jak wynika z treści art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, *Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.* W świetle ww. przepisu, przy tzw. procedurze odwróconej badanie przez zamawiającego sytuacji podmiotowej ograniczone jest do tego wykonawcy, który złożył ofertę najwyżej ocenioną. Odwołujący nie wykazał zaś, że ww. postępowanie toczyło się bez zastosowania ww. procedury odwróconej. Na podstawie samego dowodu nr 3 Izba nie mogła zatem ustalić, aby zamawiający w różnych postępowaniach zachowywał się niekonsekwentnie przy ocenie sytuacji podmiotowej odwołującego.

Chybiony okazał się także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp poprzez przedstawienie niewystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zdaniem Izby uzasadnienie czynności wykluczenia odwołującego sporządzone przez zamawiającego przy piśmie z dnia 28 czerwca 2023 r. zawierało podstawę faktyczną i prawną, na podstawie których odwołujący mógł ustalić motywy czynności zamawiającego, wdać się w polemikę z czynnością zamawiającego i skonstruować w odwołaniu poprawne pod względem formalnym zarzuty. Zarzut okazał się zatem nietrafny.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik*

postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" J. J., Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w:D. W., J. J., S. M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł, oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……