Sygn. akt: KIO 1429/23

WYROK

z dnia 5 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 r. przez wykonawcę **Melitor sp. z o.o. w Lublinie**
w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie części 3 zamówienia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie części 3 zamówienia, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie ww. części,**

2.kosztami postępowania obciąża **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00** gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Melitor sp. z o.o. w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od **Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie z siedzibą w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Melitor sp. z o.o. w Lublinie** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 1429/23

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

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, zwane 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 są usługi związane z kompleksowym utrzymaniem rzek cieków i kanałów na terenie RZGW w Lublinie, ZZ Zamość, NW Lublin - 3 części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 marca 2023 r., nr 2023/S 065-191016.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 22 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Melitor sp. z o.o. w Lublinie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2a Pzp, polegające na błędnym uznaniu, że odwołujący jest wykonawcą podlegającym wyłączeniu z postępowania i wskutek tego na odrzuceniu jego oferty;

2)art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, polegające na wykluczeniu go mimo braku kumulatywnego zaistnienia przesłanek wykluczenia i w konsekwencji odrzucenie jego oferty,

3)art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp poprzez brak sformułowania oceny naruszeń Odwołującego jako niewykonania czy nienależytego wykonania istotnego zobowiązania, referując tylko do zobowiązania, co nie jest wystarczające do zastosowania dyspozycji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp,

4)art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez nierówne traktowanie wykonawców wyrażające się w działaniu odwetowym przeciw „Melitor” sp. z o.o. w postaci odrzuceniu jego oferty, co jest następstwem faktu, że Zamawiający przegrał z nim proces sądowy w innej sprawie,

5)art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp przez brak zachowania zasady proporcjonalności i sformułowania uzasadnienia o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu oferty w sposób niedający możliwości ustalenia, co dokładnie dla Zamawiającego stanowiło „znaczny” stopień niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, a nadto niewskazanie, w jaki sposób miałyby się wypełnić wszystkie przesłanki wykluczenia, których spełnienie musi nastąpić łącznie, podczas gdy Zamawiający nie uzyskał odszkodowania, a nałożył na „Melitor” sp. z o.o. jedynie kary umowne, których dochodzenia ostatecznie zaniechał co nie jest wystarczające do uznania, że oferta Odwołującego powinna była zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i

odrzucenia swej oferty oraz unieważnienia czynności wykluczenia go i odrzucenia jego oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem swej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że 16 maja 2023 r. Zamawiający podjął czynność w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia jego oferty oraz wykluczenia go, którą, w jego ocenie, naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 2a Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp, art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że nie zaistniały żadne przyczyny do wykluczenia go. Umowa, na którą powołuje się zamawiający, zawarta była dnia 8 sierpnia 2022 r. w Lublinie. Jej przedmiotem było wykonanie zamówienia pn. Usługi związane z kompleksowym utrzymaniem Kanału Wieprz-Krzna na terenie działania RZGW w Lublinie — ZZ Zamość, w km 0+000-19+025 wraz z 1 koszeniem (NW Krasnystaw). Termin wykonania umowy przypadał w terminie 115 dni od daty podpisania umowy, tj. na dzień 1 grudnia 2022 r.

Odwołujący wskazał, że wpisem w Dzienniku Realizacji Zadania Utrzymaniowego z dnia 23 listopada 2022 r. zgłosił wykonanie robót i pismem z dnia 24 listopada 2022 r. zawiadomił Zamawiającego o zakończeniu robót utrzymaniowych oraz poprosił o wyznaczenie terminu odbioru końcowego. Pracownik Zamawiającego specjalista J. K. wpisem w Dzienniku Budowy z dnia 28 listopada 2022 r. potwierdziła prawidłowość wykonanego zadania przez niego. Zdaniem odwołującego, Zamawiający, wbrew obowiązkowi wynikającemu z § 10 ust. 11 nie wyznaczył terminu odbioru końcowego, zaś pismem z dnia 1 grudnia 2022 r. inspektor nadzoru A. Z. wskazał na wykonanie prac niezgodnie z umową, na co składały się wyłącznie kwestie koszenia i rozplantowania urobku ziemi.

Odwołujący wskazał, że odstąpienie od umowy przez Zamawiającego nastąpiło dnia 22 grudnia 2022 r., a więc 27 dni po wykonaniu umowy i naliczył on, zasadne w jego opinii, kary umowne. Odwołujący podniósł, że w piśmie z dnia 30 grudnia 2022 r. wskazał więc, że odstąpienie było bezskuteczne, gdyż nie można odstąpić od umowy już wykonanej i wskazał, że nieprawidłowości opisane w piśmie z dnia 1 grudnia 2022 r. zostały usunięte. Odwołujący wskazał, że wobec braku zapłaty należności przez Zamawiającego, pismem z dnia 10 marca 2023 r. jego pełnomocnik wezwał go do zapłaty. W odpowiedzi, pismem z dnia 17 marca 2023 r. Zamawiający wskazał, że wartość zrealizowanej na jego rzecz usługi, w jego opinii, wyniosła 218.182,65 zł brutto, co stanowiło kwotę o 1.722 zł niższą od wynikającej z treści umowy oraz wystawionej przez niego faktury i zaniechał żądania zapłaty kar umownych.

Odwołujący zwracał również uwagę, że w roku 2022 został pozwany przez Zamawiającego o zapłatę w związku z realizacją jeszcze innej umowy. Wyrokiem z dnia 12 grudnia 2022 r., Sąd Rejonowy Lublin-Zachód w Lublinie uznał roszczenia Zamawiającego za bezzasadne i oddalił powództwo.

Odnosząc się do procesu realizacji umowy z dnia 8 sierpnia 2022 r. odwołujący zauważał, że nie zaistniała żadna z przesłanek niewykonania czy nienależytego wykonania umowy, a tym bardziej nie została zrealizowana przesłanka znacznego zakresu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Co więcej, w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie wyjaśnił na czym opóźnienie w wykonaniu prac miałoby polegać, ile wynosiło to opóźnienie, co oznacza brak przydatności robót koszenia po terminie, po jakim terminie wedle Zamawiającego koszenie miałoby nastąpić. Zdaniem odwołującego, Zamawiający w sposób bardzo ogólnikowy opisał przyczyny wykluczenia, nie powołując się na żadne konkretne powody i pominął kwestie potwierdzenia wykonania robót przez swojego pracownika i przyczyn braku wyznaczenia terminu odbioru końcowego w sytuacji, kiedy umowa zobowiązywała go do dokonania tej czynności. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie powołał dat ani stanowiska odwołującego, zwłaszcza w zakresie bezskuteczności wypowiedzenia umowy. Jednocześnie ten sam Zamawiający w korespondencji z nim uznał za zasadne wypłacenie mu wynagrodzenia w wysokości 218.182,65 zł, czyli kwoty niższej zaledwie o 1.722 zł względem wystawionej faktury, co dowodzi, że nieprawidłowości w jej wykonaniu, o ile w ogóle powstały, miały charakter absolutnie marginalny i nie dający podstaw do odrzucenia jego oferty.

Ponadto odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zażądał ani nie otrzymał odszkodowania, a wskazał jedynie na zaistnienie zdarzeń, które jego zdaniem miało uzasadniać naliczenie kar umownych. Dodatkowo, jak wynika z załączonego do odwołania pisma z dnia 17 marca 2023 r., w odpowiedzi na wezwanie do zapłaty Zamawiający nie podnosił już kwestii kar umownych i uznał prawidłowość wykonanych robót z wyłączeniem kwoty 1.722 zł.

Odwołujący argumentował, że nawet gdyby próbować uznać, że Zamawiający dochodził od niego kar umownych, tak sam fakt zapłaty kar umownych, a nie odszkodowania, wyłącza odpowiedzialność z przyczyn leżących po stronie wykonawcy wybranego, od których to wykazania przyczyn Pzp uzależnia wykluczenie z postępowania. Dla zastosowania sankcji z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie jest wystarczającym wykazanie jednej przesłanki nie wykazując pozostałych, pominąwszy okoliczność, że kara umowna nie jest odszkodowaniem, a jedynie jego zamiennikiem, a przepisy o charakterze sankcji nie powinny być wykładane rozszerzająco, na zasadzie podobieństw. Odwołujący wskazywał, że analiza art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej jest dopuszczalne w przypadku zajścia wszystkich określonych w tym przepisie przesłanek łącznie, a ponadto przesłanki te nie mogą być rozumiane dowolnie. Zdaniem odwołującego powyższe świadczy o tym, że w postępowaniu nie zaistniały

przesłanki uzasadniające odrzucenie jego oferty.

Odwołujący podniósł także, że z uzasadnienia nie dowiedział się on, jakie jego zachowania zostały uznane przez zamawiającego za niewykonanie w znacznym stopniu zobowiązania, a jakie zachowania miałyby stanowić nienależyte wykonanie zobowiązania. Sam zamawiający formułując powyższe zarzuty nie ocenia ich jako niewykonania i nienależytego wykonania istotnego zobowiązania, referując tylko do zobowiązania, co nie jest wystarczające do zastosowania dyspozycji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisów art. 109 ust. 1 pkt 5 lub pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający obowiązany jest do przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia ww. czynności i tym samym umożliwienia wykonawcy podjęcia obrony w postepowaniu odwoławczym. Odwołujący argumentował, że nałożenie kary umownej nie jest wystarczające do uznania, że spełnione zostały przesłanki do wykluczenia go i odrzucenia oferty.

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, załączniki do odwołania, 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. 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. 1. 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 są usługi związane z kompleksowym utrzymaniem rzek cieków i kanałów na terenie RZGW w Lublinie, ZZ Zamość, NW Lublin - 3 części.

Ustalono także, że w pkt 4.3. SWZ zamawiający wskazał:

4.3 Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych.

4.3.1 Zamówienie składa się z następujących części:

1) Część 1. Roboty utrzymaniowe koryta rzeki Czerniejówka na terenie miasta Lublin I, II i III koszenie.

2) Część 2. Roboty utrzymaniowe koryta rzeki Czechówka na terenie m. Lublin I, II i III koszenie.

3) Część 3. Roboty utrzymaniowe wałów przeciwpowodziowych i koryta rzeki Bystrzyca na terenie miasta Lublina - I, II i III koszenie.

Ustalono także, że w SWZ zamawiający wskazał:

7.1 W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie:

a) art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 110 ust. 2 ustawy Pzp;

b) art. 109 ust.1 pkt.7 ustawy Pzp, (…).

(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 3 oferta odwołującego.

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

Kolejno ustalono, że 16 maja 2023 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie części 3 zamówienia. W uzasadnieniu ww. czynności zamawiający wskazał, że oferta odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp, gdyż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przewidział dodatkowe podstawy wykluczenia Wykonawcy o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, co określił w pkt 7 Specyfikacji Warunków Zamówienia. Wykonawca Melitor Sp. z o.o., ul. Długa 5/52, Lublin w wyniku rozstrzygniętego postępowania pn. „ Usługi związane z kompleksowym utrzymaniem Kanału Wieprz — Krzna na terenie działania RZGW w Lublinie — ZZ Zamość — 3 części, część I zamówienia: Roboty utrzymaniowe Kanału Wieprz — Krzna w km 0+000+19+025 wraz z I koszeniem (NW Krasnystaw)" zawarł z Zamawiającym umowę której przedmiotem było kompleksowe utrzymanie Kanału Wieprz - Krzna. Umowny termin zakończenia ww. zamówienia upłynął w dniu 01.12.2022 r., stąd należy uznać, że zgodnie z zapisami § 12 ust. 2 pkt 3 ww. umowy zamówienie realizowane było niezgodnie z zawartą umową w zakresie jego terminowości (§ 1 ust. 4 umowy).

Wpisy dokonane przez Osobę wyznaczoną do kontroli technicznej zadania w Dzienniku realizacji zadania utrzymaniowego w dniach 01.12.2022 r. oraz 09.12.2022 r. dowodziły, że do dnia 09.12.2022 r. nie wykonano pełnego zakresu rzeczowego robót objętych ww. umową. Skoro zatem robót nie zakończono stwierdzono, że Wykonawca przerwał, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wykonywanie robót utrzymaniowych i przerwa ta trwała dłużej niż 7 dni kalendarzowych, co zgodnie z § 12 ust. 2 pkt 2 dawało Zamawiającemu prawo do odstąpienia od niniejszej umowy. Wykonanie zobowiązania po terminie nie miało dla Zamawiającego znaczenia ze względu na zamierzony cel umowy, zaszły więc przesłanki do odstąpienia od umowy w oparciu o art. 492 Kodeksu cywilnego, a roboty nie zostały zakończone. Zamawiający odstąpił od umowy.

To wystarczy do uznania, że stopień niewykonania zobowiązania umownego uzasadnia wykluczenie Wykonawcy z prowadzonego postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający wyklucza Wykonawcę Melitor Sp. z o.o., ul. Długa 5/52, Lublin z prowadzonego postępowania oraz odrzuca ofertę jako ofertę złożoną przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W tym samym piśmie zamawiający poinformował także, że zgodnie z dyspozycją art. 255 pkt 2 ustawy Pzp „unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia w zakresie części 3, gdyż wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu".

Ustalono także, że 8 sierpnia 2022 r. została zawarta umowa nr LU.ROZ.2810.45.1.2022 pomiędzy odwołującym a zamawiającym. W umowie tej strony przewidziały m.in. co następuje:

§1

1.Zamawiający zleca a Wykonawca przyjmuje do wykonania zamówienie pn.: „Usługi związane z kompleksowym utrzymaniem Kanału Wieprz - Krzna na terenie działania RZGW w Lublinie — ZZ Zamość" - 3 części, 1 część zamówienia: Roboty utrzymaniowe Kanału Wieprz-Krzna w km 0+000-19+025 wraz z 1 koszeniem (NW Krasnystaw), zwane (dalej „roboty utrzymaniowe") zgodnie z niniejszą umową, specyfikacją warunków zamówienia (SWZ) oraz złożona ofertą przetargową

2.Szczegółowy zakres przedmiotu umowy określa:

1)przedmiar robót utrzymaniowych,

2)kosztorys ofertowy,

3)opis przedmiotu zamówienia,

4)Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Utrzymaniowych (STWiOR) — stanowiące integralną część niniejszej umowy.

3.Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z zakresem rzeczowym robót utrzymaniowych i uznaje go za wystarczającą podstawę do realizacji przedmiotu umowy za wynagrodzenie określone w umowie.

4.Wykonawca od dnia podpisania umowy do ustalonego w umowie terminu zakończenia robót utrzymaniowych, ponosi pełną odpowiedzialność za osiągnięcie efektów rzeczowych, ich jakość, terminowość, zgodność z zakresem rzeczowym i Ofertą oraz za ich bezpieczeństwo a także za wszelkie szkody wywołane wykonywaniem robót utrzymaniowych w tym również wykonywanych przez Podwykonawców.

§2

1.Termin rozpoczęcia i zakończenia przedmiotu umowy ustala się na:

- rozpoczęcie: po podpisaniu umowy,

- zakończenie: 115 dni kalendarzowych od daty podpisania umowy.

§7

1.Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy wynosi: netto: 178.784,27 zł (słownie zł: sto siedemdziesiąt osiem tysięcy siedemset osiemdziesiąt cztery 27/100 złotych), brutto: 219.904,65 zł (słownie zł: dwieście dziewiętnaście tysięcy dziewięćset cztery 65/100 złotych), w tym 23% podatek VAT: 41.120,38 zł

2.Wysokość wynagrodzenia określonego w ust. 1 wynika z kosztorysu ofertowego.

3.Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 uwzględnia wszystkie koszty, w tym podatek VAT, związane z organizacją i realizacją przedmiotu umowy.

4.Ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone w kosztorysie powykonawczym w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym i ilości rzeczywiste wykonanych i odebranych robót utrzymaniowych, nie wyższe jednak niż wynagrodzenie, o którym mowa w ust 1.

5.Zamawiający nie będzie udzielał zaliczek.

6.Za roboty utrzymaniowe niewykonane, choć objęte kosztorysem ofertowym wynagrodzenie nie przysługuje.

§9

1.*Strony postanawiają, że obowiązującą je formą odszkodowania stanowią kary umowne.*

2.Kary te będą naliczane w następujących wypadkach i wysokościach:

1) Wykonawca płaci Zamawiającemu kary umowne:

a)w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto określonego w §7 ust. 1 niniejszej umowy, z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu zamówienia za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,

b)w wysokości 10%wynagrodzenia brutto określonego w §7 ust. 1 niniejszej umowy, za odstąpienie lub rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,

§ 12

2.*Zamawiający ma prawo odstąpienia od niniejszej Umowy w następujących przypadkach:*

2)Wykonawca przerwał, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wykonywanie robót utrzymaniowych i przerwa ta trwa dłużej niż 7 dni kalendarzowych;

3)Wykonawca wykonuje prace niezgodnie z niniejszą Umową, poleceniami przedstawiciela Zamawiającego, specyfikacją warunków zamówienia (SWZ) oraz złożoną ofertą przetargową.

(por. ww. umowa, załącznik nr 5 do odwołania).

Ustalono także, że 23 listopada 2022 r. odwołujący skierował do zamawiającego zawiadomienie, że zgodnie z ww. umową zgłasza zakończenie prac utrzymaniowych na Kanale Wieprz-Krzna w km 0+000 do 19+125 wraz z I koszeniem (NW Krasnystaw). Wskazał, że w związku z tym prosi o wyznaczenie terminu odbioru końcowego.

(por. ww. oświadczenie, załącznik nr 6 do odwołania).

Kolejno ustalono, że w dzienniku realizacji zadania utrzymaniowego dla ww. zadania, znalazły się m.in. następujące wpisy:

- 23.11.2022 r. – wpis S. M. – kierownika budowy – *w dniu dzisiejszym zakończono wykonywanie wszystkich robót zgodnie z zawartą umową. Zgłaszam zadanie do odbioru końcowego.*

- 28.11.2022 r. wpis J. K. – specjalisty – kontrolowałam prace konserwacyjne na K-WK w m. Boronica, Eropole, - prace zakończone

- 01.12.2022 r. wpis A. Z. – kierownika – podczas kontroli stwierdzono, że prace konserwacyjne na KWK w km 0+000 do 19+125 zostały wykonane niezgodnie z przedmiarem robót, obiekt nie nadaje się do odbioru końcowego.

(por. ww. dziennik, załącznik nr 6 do odwołania).

Ustalono także, że w dacie dokonywania wpisów z dnia 1 grudnia 2022 r. przez pana Z. dziennik realizacji zadania utrzymaniowego nie był już w posiadaniu odwołującego, gdyż został przekazany inwestorowi (okoliczność niesporna).

Kolejno ustalono, że 1 grudnia 2022 r. kierownik A. Z. skierował do odwołującego pismo. W piśmie tym wskazano, co następuje:

Roboty utrzymaniowe Kanału Wieprz — Krzna w km 0+000 — 19+025 wraz z I koszeniem NW Krasnystaw" zostało wykonane niezgodnie z przedmiarem robót. Na podstawie kontroli z dnia 01.12.2022 stwierdza się następujące nieprawidłowości dotyczące wykonania konserwacji KWK w km 0+000 — 19+025 co zostało potwierdzone wpisem do Dziennika Realizacji Zadania Utrzymaniowego w dniu 01.12.2022.

Nie zostało wykonane koszenie dna rowków opaskowych z roślinności str. P w km 2+500-10+080; 13+000 19+000 wraz z wygrabieniem

Nie zostało wykonane koszenie dna rowków opaskowych z roślinności str. L w .km ; 1+000-5+017; wraz z wygarbieniem

Nie wykonano w ogóle koszenia skarp oraz dna rowka opaskowego od syfonu do Wieprza na dł. 150m wraz z wygrabieniem

Nie wykonano koszenia roślinności na skarpie I przekroju pasem 0,50m roślinności lokalnie L w km 17+800 18+200; 11+755- 13+440 wraz z wygrabieniem.

Nie dokonana całkowitego rozplantowanie urobku ziemi wydobytej z odmulania dna Kanału Wieprz - Krzna w km 10+560-11+558 złożonego na koronie skarpy drugiego przekroju.

Nadzór Wodny w Krasnymstawie wzywa w trybie pilnym Wykonawcę robót tj. Melitor Sp. z o.o.; ul. Długa 5/52; 20-346 Lublin do usunięcia w/w nieprawidłowości.

Na podstawie umowy NR. LU.ROZ.2810.45.1.2022 z dnia 08.08.2022 termin zakończenia robót przypadał na dzień 01.12.2022.

Ponieważ zakres prac jaki wynikał z przedmiaru robót nie został wykonany do umownie wyznaczonego terminu zakończenia robót utrzymaniowych tj. 01.12.2022 w związku z czym nakłada się na firmę Melitor SP. z. o.o.; ul Długa 5/52; 20-346 Lublin kary umowne licząc od dnia 01.12.2022r zgodnie z wysokościami kwot zawartych w przedmiotowej umowie prac.

(por. ww. pismo, załącznik do odwołania).

Pismo to zostało doręczone odwołującemu 6 grudnia 2022 r. (okoliczność niesporna).

Kolejno ustalono, że pismem z 22 grudnia 2022 r. zamawiający skierował do odwołującego oświadczenie. W oświadczeniu tym zamawiający wskazał, że *na podstawie § 12 ust. 2 pkt 2 i 3, § 16 umowy Nr LU.ROZ.2810.45.1.2022 z dnia 08.08.2022 r. na wykonanie zamówienia pn. „Usługi związane z kompleksowym utrzymaniem Kanału Wieprz — Krzna na terenie działania RZGW w Lublinie — ZZ Zamość — 3 części, część 1 zamówienia: Roboty utrzymaniowe Kanału Wieprz — Krzna w km 0+000+19+025 wraz z 1 koszeniem (NW Krasnystaw)" oraz art. 492 zd. drugie ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz.1360), odstępuje od przedmiotowej umowy.*

W uzasadnieniu oświadczenia zamawiający wskazał, że

Umowny termin zakończenia ww. zamówienia upłynął w dniu 01.12.2022 r., stąd należy uznać, że zgodnie z zapisami § 12 ust. 2 pkt 3 ww. umowy zamówienie realizowane jest niezgodnie z zawartą umową w zakresie jego terminowości (§ 1 ust. 4 umowy).

Wpisy dokonane przez Osobę wyznaczoną do kontroli technicznej zadania Pana A. Z. w Dzienniku realizacji zadania utrzymaniowego w dniach 01.12.2022 r. oraz 09.12.2022 r. dowodzą, że do dnia 09.12.2022 r. nie wykonano pełnego zakresu rzeczowego robót objętych ww. umową. Skoro zatem robót nie zakończono stwierdza się, że Wykonawca przerwał, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, wykonywanie robót utrzymaniowych i przerwa ta trwa dłużej niż 7 dni kalendarzowych, co zgodnie z § 12 ust. 2 pkt 2 daje Zamawiającemu prawo do odstąpienia od niniejszej umowy.

Wykonanie zobowiązania po terminie nie ma dla Zamawiającego znaczenia ze względu na zamierzony cel umowy, zachodzą więc przesłanki do odstąpienia od umowy w oparciu o art. 492 Kodeksu cywilnego.

Biorąc pod uwagę panujące od dnia 11.12.2022 r. warunki atmosferyczne, związane z zalegającą grubą pokrywą śniegu, nie ma technicznej możliwości wykoszenia roślinności na rowkach opaskowych grobli Kanału Wieprz — Krzna i jej wygrabienia, co wchodziło w zakres rzeczowy umowy Nr LU.ROZ.2810.45.1.2022 z dnia 08.08.2022 r. Prognozy pogody nie przewidują szybkiego ustąpienia pokrywy śnieżnej, stąd Zamawiający podjął decyzję o odstąpieniu od przedmiotowej umowy.

Biorąc pod uwagę zaistniałe zdarzenia, naliczone zostały stosowne kary umowne:

1)na podstawie § 9 ust. 2 pkt 1 lit. a) — z tytułu niedotrzymania terminu końcowego wykonania przedmiotu zamówienia, w wysokości 0,50 % wynagrodzenia brutto określonego w § 7 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, tj. w terminie 02.12.2022 r.-11.12.2022 r. (10 dni). Karę umowną zaczęto naliczać dnia następnego po upływie umownego terminu zakończenia robót i zaprzestano naliczać w dniu 11.12.2022 r., gdy wystąpiły okoliczności opisane na tej stronie w pierwszym akapicie od góry, stanowiące podstawę rezygnacji z pozostałej części zamówienia, która dla Zamawiającego nie ma znaczenia.

219.904,65 zł x 0,005x10 = 10.995,23 zł.

2)na podstawie § 9 ust. 2 pkt 1 lit. b) — za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn, leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 7 ust. 1 umowy, tj.:

219.904,65 zł x 0,10 = 21.990,47 zł.

Łączna wysokość kar umownych wynosi 32.985,70 zł brutto

W związku z powyższym zwracamy się z prośbą o niezwłoczne podjęcie czynności, mających na celu ustalenie, w uzgodnieniu z Osobą wyznaczoną do kontroli technicznej zadania, zakresu wykonanych robót utrzymaniowych według stanu na dzień złożenia niniejszego oświadczenia, dla potrzeb sporządzenia stosownego protokółu inwentaryzacji robót.

(por. ww. oświadczenie, załącznik do odwołania).

Kolejno ustalono, że pismem z 30 grudnia 2022 r. odwołujący skierował do zamawiającego oświadczenie. W oświadczeniu tym odwołujący wskazał: *(…) nie jest możliwe odstąpienie od umów, które na skutek ich wykonania, wygasły. Bezsporne jest, że obie przedmiotowe Umowy zawarte były na czas określony (§ 2 ust. 1) oraz, że termin ich obowiązywania upłynął w dniu 1 grudnia 2022 r. Wobec powyższego odstąpienie od wykonanych już umów jest prawnie bezskuteczne.*

Ponadto, zgłoszone pismem z dnia 1 grudnia 2022 r. (LU.3.1.532.65.2022.A.Z), „nieprawidłowości" zostały już całkowicie usunięte, co skutkuje brakiem możliwości naliczenia kar umownych. W razie dalszego kwestionowania wykonania przedmiotu ww. Umów wnoszę o wyznaczenie terminu protokolarnego sprawdzenia tego faktu.

Zgodnie z § 7 ust. 1 i 4 Umów zawartych w dniu 8 sierpnia 2022 r. przesyłam kosztorysy powykonawcze oraz faktury VAT z uprzejmą prośbą o zapłatę.
(por. ww. oświadczenie, załącznik do odwołania).
Kolejno ustalono, że pismem z 10 marca 2023 r. odwołujący skierował do zamawiającego wezwanie do zapłaty. W wezwaniu tym odwołujący wezwał zamawiającego do zapłaty kwoty 219.904,65 zł (słownie: dwieście dziewiętnaście tysięcy dziewięćset cztery złote 65/100), zgodnie z fakturą VAT nr 08/2022 z dnia 30 grudnia 2022 r.
(por. ww. wezwanie, załącznik do odwołania).
Kolejno ustalono, że pismem z 17 marca 2023 r. zamawiający skierował do odwołującego oświadczenie. W oświadczeniu tym zamawiający przedstawił propozycję ugodowego zakończenia sprawy jak niżej:
1.Faktura VAT nr 08/2022 z dnia 30.12.2022 r. wystawiona przez „MELITOR" Sp. z o.o. obejmowała wartość usług niewykonanych przez Wykonawcę w ramach zamówienia realizowanego na podstawie umowy LU.ROZ.2810.45.1.2022 z dnia 08.08.2022. Łącznie z tą fakturą nie dostarczono również poprawnych dokumentów rozliczeniowych stanowiących podstawę płatności. W związku z tym została odesłana do Wykonawcy w dniu 03.01.2023 r.
2.Z dokumentów realizacji przedmiotowego zadania wynika, że wartość zrealizowanej usługi wynosi 218.182,65 zł brutto, a nie jak przedstawił Wykonawca w fakturze VAT nr 08/2022 z dnia 30.12.2022 r. - 219.904,65 zł brutto.
3.Środki finansowe na płatność za ww. usługę zrealizowaną w rzeczywistym zakresie są zabezpieczone i możemy je wypłacić z zachowaniem terminów przewidzianych w rozliczeniach finansowych.
W oparciu o powyższe proponujemy, aby Wykonawca — „MELITOR" Sp. z o.o. podpisał protokół z inwentaryzacji robót, określający rzeczywisty zakres wykonanych robót, przygotował kosztorys powykonawczy obejmujący faktyczny zakres zrealizowanych robót i przedłożył fakturę na wartość zgodną z kosztorysem powykonawczym, a następnie złożył dokumenty do Zarządu Zlewni w Zamościu PGW Wody Polskie celem rozliczenia zamówienia, a w konsekwencji otrzymania płatności w wysokości 218.182,65 zł brutto.
(por. ww. oświadczenie, załącznik do odwołania).
Ustalono także, że odwołujący złożył do Sądu Okręgowego w Lublinie pozew o zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonania spornej umowy w postępowaniu upominawczym.

Ustalono także, że 30 maja 2023 r. został wydany nieprawomocny nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym przez referendarza sądowego w IX wydziale gospodarczym Sądu Okręgowego w Lublinie sygn. akt IX GNc 394/23.
(por. ww. dokumenty, złożone przez odwołującego na posiedzeniu Izby).
Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasadne okazały się zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, 253 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 16 Pzp.

Izba stwierdziła na wstępie, że ciężar wykazania spornych okoliczności faktycznych spoczywał na zamawiającym, jako na tej stronie, która z faktu tego wyprowadzała skutek prawny, w postaci konieczności odrzucenia oferty odwołującego, jako podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 6 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp, *Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* Przypomnienia wymagało również, że w świetle przepisu art. 534 ust. 1 Pzp, *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.*

Po drugie podkreślenia wymagało, że przedmiotem orzeczenia Izby była jedynie ocena legalności, czyli zgodności z prawem zaskarżonej czynności zamawiającego w postaci odrzucenia oferty odwołującego. Zgodnie z art. 513 pkt 1 i pkt 2 Pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Prawidłowość zaskarżonej czynności odrzucenia oferty odwołującego należało oceniać biorąc pod uwagę uzasadnienie faktyczne tej czynności sporządzone przez zamawiającego i podane tam powody odrzucenia tej oferty. Wszelkie nowe powody odrzucenia oferty odwołującego sygnalizowane w odpowiedzi na odwołanie nie mogły być przedmiotem orzekania Izby. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż *(…) Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji*

zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (…)".

Zasadnym wydaje w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „*W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiaduje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów*".

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w zakresie części 3 zamówienia, z uwagi na przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, *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.*

Dostrzeżenia wymaga, że powołany przepis ma charakter sankcyjny, a zatem jego przesłanki należy interpretować ściśle. Jak wynika z ww. przepisu, aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na jego podstawie, konieczne jest łączne spełnienie wszystkich przesłanek wynikających z jego treści. Jak już wskazano wcześniej, w analizowanej sprawie ciężar wykazania ww. przesłanek spoczywał na zamawiającym. Ponadto, jak już wcześniej wskazano, zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, miał obowiązek przedstawić uzasadnienie faktyczne i prawne swej czynności, referujące do wszystkich przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jak słusznie wskazał odwołujący w odwołaniu, w sporządzonym uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty zamawiający nie sprostał konieczności wykazania, że została spełniona przesłanka, aby odwołujący *w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Przypomnienia wymagało w tym miejscu, że przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp stanowi implementację do prawa krajowego przepisu art. 57 ust. 4 lit. g dyrektywy klasycznej, który stanowi, że *Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:*

jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Sąd Okręgowy w Warszawie wskazał, że uchybienia w realizacji zamówienia, które będą skutkowały wykluczeniem z postępowania, muszą prowadzić do zmiany jakości przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiać osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji wymagana jest ich ocena, a także odniesienie się do

stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki. Tym samym, nie zasługuje na aprobatę argumentacja zmierzająca do uznania, iż sam fakt mających miejsce nieprawidłowości oraz odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przesądza o dopuszczalności zakwalifikowania tychże nieprawidłowości, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu (wyr. SO w Warszawie z 20.5.2022 r., , za *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak*,Wydawnictwo C.H. Beck Warszawa 2022 Wydanie 4, za Legalis).

Izba stwierdziła, że Zamawiający w sporządzonym przez siebie uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego nie zawarł jakichkolwiek rozważań, dlaczego uważa, że część zamówienia, której w jego ocenie miał nie wykonać odwołujący, jest znaczącą lub istotną częścią tego zobowiązania. Zamawiający nie wskazał też dlaczego uważa, że ewentualne uchybienia miałyby w ogóle uniemożliwiać osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa, co podważałoby zaufanie do rzetelności odwołującego. Rozważań w tym zakresie w ogóle zabrakło w sporządzonym przez zamawiającego uzasadnieniu. Już tylko z tego powodu tak uzasadnioną czynność odrzucenia, jako nieodpowiadającą prawu, należało uznać za niezasadną. Izba wzięła pod uwagę, że jak wynikało z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, spór pomiędzy stronami umowy dotyczył niewykonania robót o wartości zaledwie 1.722 zł, stanowiących jedynie około 0,6% wartości całej umowy, ustalonej przez strony tej umowy na kwotę 219.904,65 zł brutto. W piśmie z dnia 17 marca 2023 r. zamawiający uznał bowiem prawidłowość wykonanych przez odwołującego robót na kwotę 218.182,65 zł, a więc z wyłączeniem jedynie kwoty 1.722 zł. Jak wynikało z ww. pisma, w swej propozycji ugody zamawiający nie podtrzymywał względem odwołującego także swego żądania zapłaty kar umownych, zawartego w oświadczeniu o odstąpieniu z dnia 22 grudnia 2023 r.

Zamawiający w sporządzonym przez siebie uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego nie wskazał dlaczego uważa, iż niewykonanie robót o tak znikomej wartości w stosunku do całości przedmiotu umowy miałoby świadczyć o tym, że jest to wartość znacząca lub istotna w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Co więcej, znaczącego zakresu i istotności ww. robót nie wykazano Izbie nawet w toku postępowania odwoławczego.

Jeśli chodzi o kwestię opóźnienia w wykonaniu robót, to zamawiający w sporządzonym przez siebie uzasadnieniu nie sprecyzował, jakiej części zamówienia i o jakiej wartości miałoby to dotyczyć. Zamawiający nie wyjaśnił na czym opóźnienie w wykonaniu prac miałoby polegać, ile wynosiło to opóźnienie. Biorąc pod uwagę jednak, że zamawiający w piśmie z dnia 17 marca 2023 r. nie kwestionował prawidłowości i terminowości robót o wartości 218.182,65 zł, można było jedynie przypuszczać, że ewentualne opóźnienie dotyczyło robót o wartości 1.722 zł. Opóźnienie w wykonaniu zobowiązania może świadczyć o nienależytym wykonaniu umowy, jednakże aby zostało to uznane za uchybienie o charakterze istotnym i znaczącym w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, powinno być znaczące a w szczególności musi dotyczyć znaczących i istotnych robót. W ocenie Izby nie można wykluczyć, że na kwestię długości opóźnienia wpłynął też niedoskonały sposób komunikacji między stronami umowy w kwestii zgłoszenia usterek. Jak wynikało z dziennika realizacji zadania, 23 listopada 2023 r., a więc już na tydzień przed upływem umownego terminu realizacji robót, przypadającego na 1 grudnia 2023 r., odwołujący wpisem do dziennika zgłosił gotowość do końcowego odbioru robót. W dniu 28 listopada 2022 r. przedstawicielka zamawiającego, pani J. K. potwierdziła wpisem w dzienniku prawidłowość wykonania robót na KWK Boronica, Eropole. Informacja o usterkach pojawiła się w dzienniku prac utrzymaniowych w dniu 1 grudnia 2023 r. Jednakże, co istotne, w tym okresie odwołujący nie miał już dostępu do dziennika, gdyż zdał go zamawiającemu. Tak więc na podstawie analizy dziennika odwołujący nie mógł się dowiedzieć, że jakieś roboty są kwestionowane. Z kolei informacja o usterkach pana A. Z., sformułowana w piśmie z dnia 1 grudnia 2023 r., została doręczona odwołującemu dopiero w dniu 6 grudnia 2023 r., a zatem 2 tygodnie po zgłoszeniu zakończenia robót i kilka dni po zakończeniu okresu realizacji umowy.

Wątpliwości budziła również kwestia zasadności powołania się zamawiającego w oświadczeniu o odstąpieniu umowy na § 12 ust. 2 pkt 2 umowy, jako na podstawę takiej czynności. Postanowienie to dotyczyło bowiem przerwania, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, wykonywania robót utrzymaniowych i gdy przerwa ta trwa dłużej niż 7 dni kalendarzowych. Zapis ten dotyczył zatem możliwości odstąpienia w sytuacji, gdy wykonawca porzuca teren robót na okres co najmniej 7 dni. Tymczasem w analizowanej sprawie wykonawca niczego nie porzucał. Wykonawca zgłosił zakończenie wykonywania robót w dniu 23 listopada 2023 r., przed upływem terminu realizacji umowy uważając, że wykonał już całość prac. Jedynie w trakcie dokonywania czynności odbiorowych zamawiający dostrzegł uchybienia, o których jednak z dużym opóźnieniem, bo dopiero w dniu 6 grudnia 2023 r., już po zakończeniu umownego okresu realizacji prac poinformował odwołującego. Trudno zatem w omawianej sytuacji było mówić o tym, że wykonawca porzucił wykonywanie prac utrzymaniowych.

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

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, 253 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 16 Pzp znalazły potwierdzenie w zebranym w sprawie materiale dowodowym.

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 uwzględnienia 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 stwierdzone naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp, 253 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 16 Pzp ustawy Pzp, mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę odwołującego w części 3 i unieważnił postępowanie w tej części z braku ofert niepodlegających odrzuceniu, zaś oferta odwołującego w tej części może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w części 3, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w ww. części, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 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.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł.

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 § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……