Sygn. akt KIO 2847/25

WYROK

Warszawa, dnia 2 września 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Maksym Smorczewski

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2025 r. przez wykonawcę ”WTU” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy PBW Inżynieria spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę ”WTU” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie i:

2.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez ”WTU” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowietytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 617 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) poniesioną przez ”WTU” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika oraz innych uzasadnionych wydatków oraz kwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od ”WTU” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowiena rzecz Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskiekwotę 3 600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……..……

Sygn. akt KIO 2847/25

UZASADNIENIE

10 lipca 2025 r. wykonawca ”WTU” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie(dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie na czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi o tytule „Opracowanie dokumentacji obejmującej koncepcję programowo-przestrzenną, program funkcjonalno-użytkowy, studium wykonalności dla zadania pn.: „Rekultywacja starorzeczy w dolinie Narwi i przywrócenie ciągłości morfologicznej rzeki”” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (dalej jako „Zamawiający”).

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 i art. 16 PZP, poprzez uznanie Odwołującego za wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania w oparciu o przesłankę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, a w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, gdyż inny zamawiający publiczny (Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie) odstąpił od umowy zawartej z Odwołującym oraz naliczył mu karę umowną z umowy w sprawie zamówienia publicznego, co zdaniem Zamawiającego wypełnia hipotezę fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia przewidzianej w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, gdy tymczasem we wskazanym wcześniejszym zamówieniu publicznym, powołanym przez Zamawiającego, odstąpienie od umowy oraz naliczona przez zamawiającego kara umowna nie wypełniały w całości hipotezy normy prawnej wyrażonej w powołanym przepisie, co potwierdza fakt, że w żaden sposób nie zostały wykazane przyczyny odstąpienia od umowy, leżące rzekomo po stronie wykonawcy, czemu Odwołujący zaprzeczał w toku czynności wyjaśniających z wcześniejszym zamawiającym, a w sprawie brak jest prawomocnego rozstrzygnięcia zaistniałego sporu co do samej możliwości odstąpienia przez wcześniejszego zamawiającego od umowy, która wcześniej wygasła, co z oczywistych względów nie może być uznane za znaczne albo długotrwałe nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania umownego skutkującego odszkodowaniem (a tym bardziej gdy kara umowna w ocenie Odwołującego nie mogła zostać naliczona), a w związku z tym Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania;

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 i art. 16 PZP poprzez uznanie, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd, oświadczając w JEDZ (Część III.C pytanie 7), że „nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub

wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie, bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową", skoro przy realizacji wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający odstąpił od umowy oraz naliczył karę umowną, gdy tymczasem wskazany przypadek nie wypełnił całościowo ani częściowo hipotezy normy prawnej wyrażonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, co oznacza (tak w świetle orzecznictwa Izby, jak i opinii UZP), że Odwołujący nie był zobowiązany do wypełnienia JEDZ w przedmiotowym zakresie w sposób twierdzący (odpowiedź: „tak"), a w konsekwencji, że nie wprowadził Zamawiającego w błąd;

3. art. 239 ust. 1 i ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 PZP oraz pkt 17 SWZ poprzez wybór oferty PBW INŻYNIERIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą tj. przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 17 SWZ;

4. art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 2 PZP poprzez przedstawienie niewystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskutek subiektywnej oceny oświadczenia Odwołującego złożonego na formularzu JEDZ, w którym w ocenie Zamawiającego podał w zakresie art. 125 ust. 1 PZP nieprawdziwe informacje w zakresie podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, bez wykazania, że do odstąpienia od umowy zawartej z Odwołującym przez zamawiającego w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, a przyczyny te były zawinione oraz bez wykazania - obiektywnie i dowodowo - spełnienia przesłanek do wykluczenia, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7;

5. ewentualnie, z ostrożności procesowej, naruszenie art. 109 ust. 3 PZP, poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy wykluczenie Odwołującego jest oczywiście nieproporcjonalne w stosunku do wagi zarzucanych naruszeń, a w szczególności z uwagi na brak jakichkolwiek dowodów na spełnienie wobec Odwołującego przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP."

Odwołujący wniósł o „nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienie czynności wyboru oferty PBW INŻYNIERIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, jako najkorzystniejszej,

b. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

c. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego",

a także o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie na rzecz Odwołującego równowartości kwoty wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych".

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz „zwrotu kosztów postępowania".

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca PBW Inżynieria spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Przystępujący"). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp") w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 stycznia 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 47278-2025,

W rozdziale 8 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ") Zamawiający określił „8.1 Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się, z zastrzeżeniem art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawcę, na podstawie: (…) 8.1.2 następujących okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp: (…) − pkt 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady; (…) − pkt 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (…)".

Odwołujący i Przystępujący złożyli oferty w Postępowaniu.

Wraz z ofertą Odwołujący złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, złożone na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej jako „JEDZ"), w którym na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza

umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat:" podano odpowiedź „Nie".

Dyrektor Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Białymstoku Zamawiającego przekazał dyrektorowi Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Rzeszowie Zamawiającego datowane na 7 marca 2025 r. pismo o treści „Zwracam się z uprzejmą prośbą o udzielenie informacji dotyczącej przebiegu realizacji umowy zawartej pomiędzy WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie a Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Rzeszowie, której przedmiotem było: Opracowanie dokumentacji projektowej i technicznej dla projektu: Zabezpieczenie przed powodzią terenów zlokalizowanych w zlewni potoku Młynówka na terenie gminy Miasto Rzeszów oraz Gminy Krasne, woj podkarpackie. Z informacji uzyskanych od uczestnika postępowania wynika, że odstąpili Państwo od wskazanej umowy z winy Wykonawcy. W związku z tym, że w prowadzonym przez nas postępowaniu przewidzieliśmy przesłankę wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że 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 a WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością złożyła ofertę najwyżej ocenioną, zwracamy się z prośbą o potwierdzenie, czy Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie odstąpił od realizacji przywołanej powyżej umowy, a jeżeli tak, o wskazanie czy ziściły się wszystkie przesłanki skutkujące wykluczeniem Wykonawcy z postępowania tj: 1) Czy wykonawca dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego; 2) Czy niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie było znaczące co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych; 3) Czy przywołane powyżej zachowanie wykonawcy dotyczyło istotnego zobowiązania; 4) Czy niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź też długotrwałe nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy; 5) Czy konsekwencją powyższego było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady. 6) Czy wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy jest w dalszym ciągu kwestią sporną. (…)".

Dyrektor Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Rzeszowie Zamawiającego przekazał dyrektorowi Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Białymstoku Zamawiającego datowane na 10 marca 2025 r. pismo o treści „W odpowiedzi na pismo z dnia 7 marca 2025 r. znak B.ROZ.2712.1.2025, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie potwierdza, że realizacja zakresu w/w umowy, której Wykonawcą było Biuro Projektowo Inżynierskie WTU Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, została zakończona w związku ze złożonym oświadczeniem RZGW w Rzeszowie o odstąpieniu od zawartej umowy. RZGW w Rzeszowie poniżej udziela informacji na pytania zadane przy w/w piśmie: 1. Czy Wykonawca dopuścił się niewykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w prawie zamówienia publicznego? Ad 1. Wykonawca dopuścił się niewykonania części umowy w zakresie: - uzyskania ostatecznego pozwolenia wodnoprawnego, - przedmiaru robót, - kosztorysu inwestorskiego, - specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowalnych - pozwolenia/przyjęcia zgłoszeń dla ewentualnych kolizji z infrastrukturą techniczną - ostatecznej decyzji o pozwoleniu na realizację inwestycji - operatów szacunkowych wyceny nieruchomości gruntowych, roślinnych i budowlanych 2. Czy niewykonanie, nienależyte wykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonywanie było znaczące co do stopnia lub zakresu naruszenia zobowiązań umownych? Ad 2. Wykonawca zgodnie z zakresem rzeczowym umowy zobowiązany był do sporządzenia: I. W ramach prac przedprojektowych: 1) Prac geodezyjno-pomiarowych (aktualizacji mapy sytuacyjno-wysokościowej do celów projektowych, aktualnych map ewidencyjnych i informacji z rejestru gruntów na podstawie bazy EGIB, przekrojów dolinowych 45 szt.), 2) Dokumentacji geologicznej, 3) Obliczeń hydraulicznych i hydrologicznych, 4) Opracowania analizy wielokryterialnej do wyboru wariantu preferowanego do realizacji, 5) Materiałów do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz wniosku o wydanie decyzji „środowiskowej", 6) Opracowania inwentaryzacji przyrodniczej, 7) Opracowania raportu oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko. II. W ramach prac projektowych: 1) Projektu budowlanego, 2) Operatu wodnoprawnego, 3) Projektu wykonawczego, 4) Przedmiaru robót, 5) Kosztorysu inwestorskiego, 6) Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowalnych, 7) Projektu zagospodarowania terenu - Inwentaryzacji drzew i krzewów, 8) Projektu podziału nieruchomości dla 180 działek. III. W zakresie usług towarzyszących pracom projektowym uzyskanie: 1) Ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, 2) Ostatecznej decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, 3) Ostatecznego pozwolenia wodnoprawnego, 4) Decyzji o pozwoleniu na realizację inwestycji i o pozwoleniu na budowę, 5) Innych, niewymienionych wyżej decyzji, o ile

zajdzie taka potrzeba, w tym również pozwoleń/przyjęcia zgłoszeń dla ewentualnych kolizji z infrastrukturą techniczną. IV. W ramach operatów szacunkowych wyceny nieruchomości gruntowych, roślinnych i budowalnych: 1) Wycena nieruchomości gruntowych dla 180 działek, 2) Wycena składników roślinnych dla 180 działek, 3) Wycena składników budowlanych dla 10 działek, Umowa została niewykonana w zakresie wskazanym w pkt Ad. 1. 3. Czy przywołane powyżej zachowanie wykonawcy dotyczyło istotnego zobowiązania? Ad 3. Brak złożonych przez Wykonawcę uzupełnień w dokumentacji, uniemożliwił wydanie pozwoleń wodnoprawnych, a także decyzji o pozwolenie na realizację inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych, co w konsekwencji nie pozwala na rozpoczęcie robót budowalnych przez Zamawiającego. 4. Czy niewykonanie, nienależyte wykonanie bądź tez długotrwałe nienależyte wykonywanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy? Ad 4. Niewykonanie części przedmiotu umowy przez Wykonawcę było przyczyną odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z winy Wykonawcy. 5. Czy konsekwencją powyższego było wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, odszkodowanie, wykonanie zastępcze lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Ad 5. Zamawiający w październiku 2023 r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy łączącej strony. Po odstąpieniu od umowy przez Zamawiającego, na Wykonawcę została nałożona kara umowna z tytułu odstąpienia od dalszej realizacji umowy na skutek zawinionych przez nią działań. 6. Czy wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy jest w dalszym ciągu kwestia sporną? Ad 6. Zamawiający potrącił karę umowną naliczoną w związku z odstąpieniem od umowy z wynagrodzenia za zrealizowaną część umowy. WTU Sp. z o. o. złożyła przedsądowe wezwanie do zapłaty w zakresie brakującej części wynagrodzenia.”.

Dyrektor Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Białymstoku Zamawiającego przekazał dyrektorowi Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Rzeszowie Zamawiającego datowane na 11 marca 2025 r. pismo o treści „Zwracam się z uprzejmą prośbą o udzielenie dalszych informacji w zakresie odstąpienia od umowy zawartej pomiędzy WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie a Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Rzeszowie, której przedmiotem było: Opracowanie dokumentacji projektowej i technicznej dla projektu: Zabezpieczenie przed powodzią terenów zlokalizowanych w zlewni potoku Młynówka na terenie gminy Miasto Rzeszów oraz Gminy Krasne, woj podkarpackie, w szczególności: 1) Wskazania, jaką wartość w stosunku do całości zamówienia stanowiła część, od której Zamawiający odstąpił; 2) Jaka kara została nałożona na Wykonawcę z tytułu odstąpienia z jego winy od dalszej realizacji umowy i czy kara miała charakter odszkodowawczy; 3) Czy odstąpienie od umowy doprowadziło do przedłużenia procesu inwestycyjnego, w tym do niemożności realizacji robót budowlanych w pierwotnie zaplanowanym przez Zamawiającego terminie; 4) Czy Zamawiający kontynuuje procedurę dokończenia dokumentacji projektowej w zakresie części od której odstąpiono; Jeżeli tak, jakie koszty w związku z tym Zamawiający ponosi albo planuje ponieść; 5) Czy w/w koszty będą pokrywane z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czy też Zamawiający wystąpi do WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością o odszkodowanie z tytułu zastępczego zaspokojenia świadczenia; 6) Prosimy o podanie dokładnych dat: odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, złożenia przez WTU Sp. z o. o. przedsądowego wezwania do zapłaty w zakresie brakującej części wynagrodzenia, a także o przedstawienie chronologii zdarzeń, które skutkowały odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy (proszę wskazać daty oraz przedmiot korespondencji np.: wezwania i monity Zamawiającego dotyczące występujących opóźnień w zakresie realizacji zamówienia czy też braku jego realizacji, wyjaśnienia wykonawcy przyczyn niewywiązywania się z obowiązków umownych itd.) Powyższe informację są istotne w celu oceny, czy wykonawca WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że 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. (…)”.

Dyrektor Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Rzeszowie Zamawiającego przekazał dyrektorowi Regionalnego Zarządu Gospodarki Wodnej w Białymstoku Zamawiającego datowane na 17 marca 2025 r. pismo o treści „W odpowiedzi na pismo z dnia 11 marca 2025 r. znak B.ROZ.2712.1.2025, Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie udziela następujących informacji dotyczących odstąpienia od umowy: 1. Wskazania, jaką wartość w stosunku do całości zamówienia stanowiła część, od której Zamawiający odstąpił; Ad.1 Na moment odstąpienia wartość umowy wynosiła 764 371,70 zł brutto. Wartość prac od których odstąpiono wyniosła 154 190,00 zł brutto. W ramach inwentaryzacji prac w toku w zakresie podziału nieruchomości rozliczanego za ryczałtową cenę jednostkową podziału działki, Zamawiający rozliczył dodatkowo 116 działek, których wartość w stosunku do wartości wskazanej w umowie wzrosła o 49 938,00 zł brutto. Wliczając dodatkowe działki do całkowitej wartości zamówienia wartość zamówienia wyniosła 778 885,70 zł brutto. W związku z czym zamawiający odstąpił od ok. 20% wartości całości zamówienia. 2. Jaka kara została nałożona na Wykonawcę z tytułu odstąpienia z jego winy od dalszej realizacji umowy i czy kara miała charakter odszkodowawczy; Ad 2. Zgodnie z zapisami umownymi na Wykonawcę została nałożona kara w wysokości

10% wynagrodzenia umownego za wykonanie przedmiotu umowy. Na wykonawcę została nałożona Kara umowna zastrzeżona w umowie zgodnie z art. 483 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny. Zgodnie z § 9 umowy łączącej Strony, obowiązującą formą odszkodowania stanowią kary umowne, które naliczane będą w następujących wypadkach i wysokościach (…). 3. Czy odstąpienie od umowy doprowadziło do przedłużenia procesu inwestycyjnego, w tym do niemożności realizacji robót budowlanych w pierwotnie zaplanowanym przez Zamawiającego terminie; Ad. 3 Tak, na czas odstąpienia od umowy przez Zamawiającego zaplanowanym terminem rozpoczęcia robót budowalnych był I kwartał 2025 r. W chwili obecnej rozpoczęcie robót budowalnych zostało przeniesione na I kwartał 2027 r. 4. Czy Zamawiający kontynuuje procedurę dokończenia dokumentacji projektowej w zakresie części od której odstąpiono; Jeżeli tak, jakie koszty w związku z tym Zamawiający ponosi albo planuje ponieść; Ad. 4 Zamawiający kontynuuje opracowanie dokumentacji umożliwiającej realizację. Pierwotne zamówienie zostało podzielone na części. Dotychczasowe poniesione koszty dla sporządzonej i oddanej dokumentacji dla pierwszej części aktualizacji wyniosły 155 951,70 zł brutto. Druga część opracowania oczekuje na rozstrzygnięcie przetargu. 5. Czy w/w koszty będą pokrywane z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czy też Zamawiający wystąpi do WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością o odszkodowanie z tytułu zastępczego zaspokojenia świadczenia; Ad. 5 Koszty na pokrycie dotychczas zleconej i sporządzonej dokumentacji zostały zabezpieczone niezależnie od umowy od której odstąpiono. 6. Prosimy o podanie dokładnych dat: odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, złożenia przez WTU Sp. z o. o. przedsądowego wezwania do zapłaty w zakresie brakującej części wynagrodzenia, a także o przedstawienie chronologii zdarzeń, które skutkowały odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy (proszę wskazać daty oraz przedmiot korespondencji np.; wezwania i monity Zamawiającego dotyczące występujących opóźnień w zakresie realizacji zamówienia czy też braku jego realizacji, wyjaśnienia wykonawcy przyczyn niewywiązywania się z obowiązków umownych itd.) Ad. 6 W piśmie RZGW w Rzeszowie z dnia 10.03.2025 r. znak R.JRP.542.5.2025.2 zostało wskazane, że Wykonawca nie wykonał części umowy, podany został zakres niewykonania umowy oraz potwierdzony fakt odstąpienia przez Zmawiającego od umowy w związku z niewykonaniem części przedmiotu umowy z winy Wykonawcy. Odstąpienia od umowy 76/IM/2015 RZGW w Rzeszowie dokonało pismem z dnia 3.10.2023 r. Za datę odstąpienia uznaje się doręczenie oświadczenia dokonane w dniu 6.10.2023 r. Przedsądowe wezwanie do zapłaty w zakresie brakującej części wynagrodzenia zostało złożone przez WTU Sp. Z o.o. z siedzibą w Krakowie w dniu 4.09.2024 r. (wpływ do RZWG w Rzeszowie 06.09.2024 r.) Część przedmiotu umowy od której odstąpiono, była kluczowa do realizacji planowanej inwestycji. (…)".

1 lipca 2025 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo zatytułowane „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej" o treści „Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, w którego imieniu postępowanie prowadzi Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Białymstoku, ul. Pułkowa 11, 15-143 Białystok, działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.) – dalej: Pzp informuje równocześnie wszystkich Wykonawców o: 1. WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY. Jako ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez: Nr oferty – 3 Nazv Wykonawcy - PBW INŻYNIERIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Siedziba Wykonawcy - 52-436 Wrocław, ul Karmelkowa 34 Wartość wybranej oferty - 978 812,35 zł brutto Uzasadnienie wyboru: Wykonawca - PBW INŻYNIERI/ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta spełnia wymagania określone w SWZ, nie podlega odrzuceniu oraz zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt 17 SWZ, uzyskując najwyższą liczbę punktów (100 pkt). Zestawienie Wykonawców, którzy złożyli oferty oraz punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, przedstawia poniższe zestawianie.

Nr oferty/ Nr w rankingu	Nazwy albo imiona i nazwiska oraz siedziby lub miejsca prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsca zamieszkania Wykonawców	Ilość punktów		
		Kryterium cena	Kryterium doświadczenie osoby wskazanej do realizacji zamówienia	Łącznie
1/2	Zeneris Projekty Spółka Akcyjna 61-770 Poznań, ul. Paderewskiego 8	53,71	40,00	93,71
2/-	WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 30-419 Kraków ul. Klementyny Hoffmanowej 6B/4	Oferta Wykonawcy została odrzucona		
3/1	PBW INŻYNIERIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 52-436 Wrocław, ul. Karmelkowa 34	60,00	40,00	100,00

2. WYKONAWCACH, KTÓRYCH OFERTY ZOSTAŁY ODRZUCONE. W niniejszym postepowaniu odrzucono of złożoną przez WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 30-419 Kraków, ul. Klementyny Hoffmanowej 6B/4. Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.) – dalej: Pzp cyt.: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania" w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp – „z postępowania o udzielenie zamówienia 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 umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady" oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp cyt.: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania" w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp – „z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający wykluczy Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia". Uzasadnienie faktyczne - podstawa prawna: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp: W prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia Wykonawcy z postępowania, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8, 10 Pzp, co zostało opisane w pkt 8 specyfikacji warunków zamówienia oraz w pkt 2.1.6 ogłoszenia o zamówieniu. Celem wykazania braku podstaw wykluczenia z postępowania Wykonawca, zobowiązany był do złożenia oświadczenia w zakresie art. 125 ust 1 Pzp na formularzu JEDZ. Oświadczenie to stanowiło tymczasowy podmiotowy środek dowodowy, potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Wykonawca do oferty załączył stosowne oświadczenie własne na formularzu JEDZ, w którym oświadczył, że nie zachodzą wobec niego zarówno obligatoryjne jak i fakultatywne podstawy wykluczenia, tym samym potwierdził, że nie znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem Zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje. W toku badania i oceny ofert Zamawiający nabył wiedzę, zgodnie z którą w ocenie Zamawiającego Wykonawca podał w treści oświadczenia własnego w zakresie art. 125 ust. 1 Pzp nieprawdziwe informacje w zakresie podstaw wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, co stwierdził w oparciu o następujący stan faktyczny. Wykonawca - WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w wyniku rozstrzygniętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej i technicznej dla projektu: Zabezpieczenie przed powodzią terenów zlokalizowanych w zlewni potoku Młynówka na terenie gminy Miasto Rzeszów oraz Gminy Krasne, woj podkarpackie" w dniu 21.09.2015 r. zawarł z Zamawiającym – Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Rzeszowie umowę nr 76/IM/2015, której przedmiotem było wykonanie dokumentacji projektowej i technicznej. Na podstawie zawartej umowy Wykonawca zobowiązał się do wykonania następującego zakresu prac: - w ramach prac przedprojektowych przewidziano wykonanie: prac geodezyjno-pomiarowych (aktualizacja mapy sytuacyjno-wysokościowej do celów projektowych, map ewidencyjnych i informacji z rejestru gruntów na podstawie bazy EGIB, przekrojów dolinowych 45 szt.), dokumentacji geologicznej, obliczeń hydraulicznych i hydrologicznych, opracowania analizy wielokryterialnej do wyboru wariantu preferowanego do realizacji, materiałów do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz wniosku o wydanie decyzji „środowiskowej", opracowania inwentaryzacji przyrodniczej, opracowania raportu oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko; - w ramach prac projektowych przewidziano wykonanie: projektu budowlanego, operatu wodnoprawnego, projektu wykonawczego, przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowalnych, projektu zagospodarowania terenu - inwentaryzacji drzew i krzewów, projektu podziału nieruchomości dla 180 działek; - w zakresie usług towarzyszących pracom projektowym przewidziano uzyskanie: ostatecznej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, ostatecznej decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego, ostatecznego pozwolenia wodnoprawnego, decyzji o pozwoleniu na realizację inwestycji i o pozwoleniu na budowę, innych, niewymienionych wyżej decyzji, o ile zajdzie taka potrzeba, w tym również pozwoleń/przyjęcia zgłoszeń dla ewentualnych kolizji z infrastrukturą techniczną. - ponadto zamówienie przewidywało wykonanie operatów szacunkowych wyceny nieruchomości gruntowych, roślinnych i budowalnych w szczególności: wycenę nieruchomości gruntowych dla 180 działek, wycenę składników roślinnych dla 180 działek, wycenę składników budowlanych dla 10 działek. Z informacji uzyskanych od Inwestora przebieg realizacji umowy do dnia 15 czerwca 2023 r. odbywał się bez przeszkód. Problemy z wykonywaniem obowiązków umownych zaczęły się od wezwania Ministra Infrastruktury dotyczącego skorygowania i uzupełnienia złożonego operatu wodnoprawnego stanowiącego załącznik do wniosku o wydanie pozwoleń wodnoprawnych. Chronologia zdarzeń, które doprowadziły do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy przedstawia się następująco: - Zamawiający w dniu 12 czerwca 2023 r. otrzymał od Ministra Infrastruktury wezwanie z dnia 6 czerwca 2O23 r., znak: GM-DOK-3.7700.189.2021.MB w sprawie m.in. skorygowania i uzupełnienia złożonego operatu wodnoprawnego stanowiącego załącznik do wniosku o wydanie pozwoleń wodnoprawnych; - Zamawiający pismem z dnia 14 czerwca 2023 r., znak: RZ.RPI.542.1.5.1.JRP6.2023.MS przekazał Spółce w/w wezwanie i wezwał Spółkę do jego realizacji do dnia 23 czerwca 2023 r.; - w wyznaczonym terminie Spółka nie przekazała Zamawiającemu poprawionej dokumentacji ani wyjaśnień, pismem z dnia 5 lipca 2023 r. znak: W213/07/2023 Spółka poinformowała Inwestora, że odmawia wykonania czynności wskazanych w w/w wezwaniu Ministra Infrastruktury oświadczając, że w jej opinii Minister dysponuje wystarczającym materiałem, aby móc wydać decyzję udzielającą

pozwoleń wodnoprawnych; - w związku z powyższym, Zamawiający zwrócił się do Ministra Infrastruktury pismem z dnia 10 lipca 2023 r. znak RZ.RPI.542.1.27JRP6.2023.MS z prośbą o wydłużenie terminu na przedłożenie uzupełnień do 11 sierpnia 2023 r. Minister Infrastruktury przychylił się do wniosku Zamawiającego; - Zamawiający pismem z dnia 26 lipca 2023 r., znak: RZ.RPI.542.1.28.JRP6.2023.MS na podstawie §1 ust. 7 i ust. 14 Umowy wyznaczył Spółce ostateczny termin do dnia 7 sierpnia 2023 r. na dostarczenie poprawionej dokumentacji pod rygorem odstąpienia od umowy; - w w/w terminie Spółka nie przekazała Zamawiającemu dokumentacji i w piśmie z dnia 3 sierpnia 2023 r. znak W/242/08/2023 poinformowała, że nie wykonana pozostałej części przedmiotu umowy; - brak dokonania uzupełnienia/weryfikacji dokumentacji zgodnie z wezwaniem Ministra Infrastruktury z dnia 6 czerwca 2023 r. znak: GM-DOK-3.7700.189.2021.MB spowodował, że Minister nie mógł prawidłowo procedować wniosku, co w konsekwencji wpłynęło na opóźnienie fazy realizacyjnej zadania, którego celem jest ograniczenie zagrożenia powodziowego w zurbanizowanej zlewni potoku Młynówka, - w następstwie opisanych zdarzeń RZGW w Rzeszowie pismem z dnia 03.10.2023 r. złożyło oświadczenie o odstąpieniu od umowy w związku z niewykonaniem części przedmiotu umowy z winy Wykonawcy. Szczegółowa analiza przedmiotowego przypadku potwierdza zaistnienie wszystkich przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, które skutkują wykluczeniem Wykonawcy z postępowania, tj.: 1) Wykonawca dopuścił się niewykonania zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego a niewykonanie części zamówienia było znaczące co do stopnia i zakresu naruszenia zobowiązań umownych. Wykonawca dopuścił się niewykonania części umowy w następującym zakresie: - uzyskania ostatecznego pozwolenia wodnoprawnego, - przedmiaru robót, - kosztorysu inwestorskiego, - specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowalnych, - pozwolenia/przyjęcia zgłoszeń dla ewentualnych kolizji z infrastrukturą techniczną, - ostatecznej decyzji o pozwoleniu na realizację inwestycji, - operatów szacunkowych wyceny nieruchomości gruntowych, roślinnych i budowlanych, co stawiło ok. 19,80% wartości zamówienia (wartość umowy 778 885,70 zł brutto, wartość prac od których odstąpiono 154 190,00 zł brutto). Istotą umowy było sporządzenie poprawnej, zdatnej do wykorzystania w procesie inwestycyjnym dokumentacji projektowej i fakt ostatecznego przekazania Zamawiającemu tylko jej części, nawet jeśli część ta stanowiła „objętościową" większość, nie pozwala na stwierdzenie, iż umowa została zrealizowana częściowo poprawnie. Wręcz przeciwnie - nawet mimo wywiązania się Wykonawcy z części zobowiązania umowa nie została wykonana w ogóle, bowiem jedynie całościowe wykonanie umowy mogło zostać przez Zamawiającego uznane za wywiązanie się przez Wykonawcę ze zobowiązania umownego, gdyż jedynie kompletna dokumentacja mogła służyć celowi dla którego zamówienie zostało udzielone. 2) Zachowanie Wykonawcy dotyczyło istotnego zobowiązania. Brak złożonych przez Wykonawcę uzupełnień w dokumentacji, uniemożliwił wydanie pozwoleń wodnoprawnych a także decyzji o pozwolenie na realizację inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych, co w konsekwencji nie pozwoliło na rozpoczęcie robót budowalnych przez Zamawiającego. Zaplanowany przez Zamawiającego termin rozpoczęcia robót budowalnych określony na I kwartał 2025 r. został przesunięty na I kwartał 2027 r.. Zachowanie Wykonawcy dotyczyło istotnego zobowiązania, gdyż uniemożliwiło terminowe wykonanie robót budowlanych istotnych dla bezpieczeństwa powodziowego Miasta Rzeszów oraz Gminy Krasne a także na skutek przedłużenia procesu inwestycyjnego RZGW w Rzeszowie może utracić możliwość ubiegania się o środki unijne z Regionalnego Programu Operacyjnego pn: „Fundusze Europejskie dla Podkarpacia" w perspektywie finansowej Unii Europejski 2021-2027. 3) Niewywiązywanie się z obowiązków umownych, w tym nieprzedkładanie dokumentów na wezwanie Zamawiającego koniecznych do uzyskania pozwolenia wodnoprawnego, było przyczyną odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z winy Wykonawcy i niezrealizowania części umowy, co jednoznacznie potwierdza winę Wykonawcy. 4) Konsekwencją zachowania Wykonawcy było: - złożenie przez RZGW w Rzeszowie oświadczenia o odstąpieniu od niezrealizowanej części umowy nr 76/IM/2015; za datę odstąpienia uznaje się datę doręczenia wskazanego oświadczenia Spółce tj. dzień 6 października 2023 r. - naliczenie kary umownej, która miała charakter odszkodowawczy. Zgodnie z zapisami umownymi na Wykonawcę została nałożona kara w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego, która została potrącona z wynagrodzenia Wykonawcy. Karę umowną należy uznać, jako „odszkodowanie", o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W oparciu o art. 483 § 1 kodeksu cywilnego, kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego są jedną z form naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Ponadto w § 9 podpisanej umowy jednoznacznie wskazano na funkcję kompensacyjną naliczonej kary cyt: obowiązującą formą odszkodowania stanowią kary umowne, które naliczane będą w następujących wypadkach i wysokościach (…). 5) Część przedmiotu umowy od której odstąpiono, była kluczowa do realizacji planowanej inwestycji. Zamawiający kontynuuje opracowanie dokumentacji umożliwiającej realizację przedmiotowej inwestycji. Część niezrealizowana przedmiotu umowy została podzielona na części. W drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyłoniono Wykonawcę prac na realizacje pierwszej części aktualizacji dokumentacji. Planowany koszt jej opracowania wynosi 155 951,70 zł brutto. Druga część opracowania oczekuje na rozstrzygnięcie postępowania. Zamawiający podejmując decyzje o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania przeanalizował także możliwość zastosowania przepisu wynikającego z art. 109 ust. 3 Pzp, który 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". Określenie „w sposób oczywisty nieproporcjonalne" jest zwrotem niedookreślonym. Wystąpienie tego nieostrego pojęcia pozostawia po stronie Zamawiającego pewien zakres uznania, czy w konkretnym wypadku uznać stan faktyczny za istniejący. W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę nadrzędna zasadę udzielania zamówień wynikającą z art. 16 pkt 3 Pzp tj. proporcjonalności, w niniejszym przypadku nie można uznać, że sankcja polegająca na wykluczeniu Wykonawcy z postępowania jest nieproporcjonalna, gdyż jest skorelowana z celami jakie Zamawiający chce osiągnąć. Zamawiającemu zależy na terminowej, rzetelnej realizacji przedmiotu umowy, której nadrzędnym celem jest sporządzenie dokumentacji pozwalającej na wszczęcie postępowania na roboty budowlane w formule zaprojektuj – wybuduj, w terminie określonym w dokumentach zamówienia. Jakiekolwiek opóźnienia, problemy w realizacji przedmiotu umowy mogą skutkować brakiem przyznania dofinansowania zewnętrznego na przedmiotowy projekt. Biorąc pod uwagę fakt, że WTU Sp. z o. o. już wcześniej nie wywiązała się z obowiązków umownych, co doprowadziło do przedłużenia procesu inwestycyjnego, to w ocenie Zamawiającego taki Wykonawca nie daje gwarancji rzetelnego i należytego wykonania umowy. W celu minimalizacji ryzyka nieosiągnięcia zamierzonego rezultatu, Zamawiający nie może więc uznać sankcji wykluczenia za nieproporcjonalną. Ponadto Zamawiający wskazuje, że nieujawnienie przez WTU Sp. z o. o. w JEDZ informacji związanej z odstąpieniem od umowy przez RZGW w Rzeszowie, jest okolicznością wykluczającą możliwość zastosowania art. 109 ust. 3 Pzp. Prawidłowa wykładnia tego przepisu nakazuje brać pod uwagę zachowanie Wykonawcy, który powinien postępować w tym względzie profesjonalnie, czyli poinformować Zamawiającego o takim zdarzeniu i ewentualnie podjąć próbę jego wyjaśnienia lub samooczyszczenia się, czego Wykonawca nie uczynił. Zamawiający oceniając zachowanie Wykonawcy wziął również pod uwagę fakt, że sytuacja odstąpienia od wcześniejszej umowy w ocenie Wykonawcy jest kwestią sporną, o czym świadczy skierowanie do Inwestora w dn. 04.09.2024 r. przedsądowego wezwania do zapłaty w zakresie brakującej części wynagrodzenia. W takiej sytuacji, nawet jeśli Wykonawca sam nie uznaje się za spełniającego przesłanki wykluczenia, to spoczywa na nim bezwzględny obowiązek podania Zamawiającemu w formularzu JEDZ pełnej informacji o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na Wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją, celem ich oceny przez Zamawiającego. Pytanie sformułowane w oświadczeniu JEDZ dotyczy wszystkich zdarzeń z ostatnich 3 lat, które związane były z w/w okolicznościami bez względu na ich subiektywną ocenę przez Wykonawcę. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO z 19 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 866/22, wyrok KIO z 27 listopada 2024 r., sygn. akt KIO 3383/23) oraz Sądu Zamówień Publicznych. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19, Sąd wskazał m.in., że to Wykonawca „musiał być transparentny w tym zakresie i zaoferować Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na Wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją". W świetle powyższego jest to obowiązek notyfikowania Zamawiającemu obiektywnych faktów, które miały miejsce w toku realizacji innego zamówienia przez Wykonawcę, czyli wystąpienia określonych obiektywnych zdarzeń, które następnie podlegają ocenie Zamawiającego. W tym kontekście nie ma miejsca na ocenę takich zdarzeń przez Wykonawcę w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, ale notyfikacji obiektywnych faktów. Transparentne i rzetelne udzielenie pozytywnej odpowiedzi na pytanie JEDZ, jeśli dane okoliczności miały miejsce, otwiera Zamawiającemu drogę do rzetelnego zbadania zdolności podmiotowych Wykonawcy co do okoliczności, które mogą mieć znaczenie w kontekście podstawy wykluczenia, natomiast Wykonawcy umożliwia uwiarygodnienie swojej postawy jako profesjonalnego Wykonawcy, który pomimo zaistnienia pewnych trudności z realizacją zamówienia w przeszłości, działa w sposób odpowiedzialny i wiarygodny, aby tym samym przekonać Zamawiającego, że gwarantuje pełne zdolności do prawidłowej realizacji zamówienia. Także instrukcja wypełnienia oświadczenia JEDZ, stanowiąca zał. nr 8 do SWZ nie stoi w sprzeczności ze stwierdzeniem, że odpowiedź TAK jest rozstrzygająca dla oceny zdarzenia pod kątem przesłanki objętej art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zgodnie z instrukcją wypełnienia „W tym miejscu formularza Wykonawca składa oświadczenie odnośnie do nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy (...) w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp". Niewątpliwie samo udzielenie odpowiedzi twierdzącej otwiera dopiero drogę do oceny przez Zamawiającego, czy wobec Wykonawcy nie zachodzi podstawa wykluczenia. Wskazuje na to rozwinięcie formularza JEDZ przy takiej odpowiedzi. Przy odpowiedzi „NIE" Zamawiający nie ma możliwości oceny, która powinna być jego udziałem w ramach procedury przetargowej. Dopiero udzielenie odpowiedzi „TAK" umożliwia Wykonawcy przedstawienie szerszej informacji i nie pozbawia go obrony przed uznaniem przez Zamawiającego, że doszło do spełnienia przesłanki wykluczenia. Nadal bowiem to na Zamawiającym spoczywa ciężar wykazania istnienia podstawy dla uznania, że Wykonawca podlega wykluczeniu. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie ma podstaw do skorzystania z art. 128 ust. 1 i art. 128 ust. 4 Pzp w zakresie wezwania Wykonawcy dotyczących treści JEDZ, czy też umożliwienia Wykonawcy

przeprowadzenia na tym etapie postępowania procedury samooczyszczenia. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że inicjatywa mająca na celu przeprowadzenie procedury self- cleaning leży wyłącznie po stronie Wykonawcy. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 18.01.2019 r., XXIII Ga 1811/18, stwierdził „łączna interpretacja obecnego art. 110 ust. 2 i 3 prowadzi do wniosku, że to Wykonawca ma wystąpić z inicjatywą samooczyszczenia i przedstawić Zamawiającemu dokumenty dające mu podstawę do odstąpienia od obowiązku wykluczenia tego Wykonawcy", co też jednoznacznie wskazano w pkt 8.5 SWZ cyt.: „W celu samooczyszczenia Wykonawca musi z własnej inicjatywy i bez wezwania podać w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, informację, że zachodzi wobec niego odpowiednia podstawa wykluczenia oraz wskazać opis środków naprawczych i zapobiegawczych". W świetle powyższego instytucję "self-cleaning" należy rozumieć bowiem w taki sposób, że Wykonawca, wiedząc i mając świadomość co do tego, iż zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, korzysta z przysługującego mu uprawnienia do udowodnienia Zamawiającemu, że podjął on starania w celu wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne. To właśnie Wykonawca w pierwszej kolejności musi wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. W konsekwencji, aby skorzystać z self-cleaning Wykonawca musi przyznać się do deliktu, czego w niniejszym postępowaniu Wykonawca nie uczynił. Natomiast procedura wskazana w art. 128 ust. 4 Pzp dotyczy sytuacji, w której Zamawiający nie jest pewien, jak rozumieć treść oświadczeń lub dokumentów złożonych przez Wykonawcę. Zamawiający powinien korzystać z procedury wyjaśnień zawsze, gdy ma jakiekolwiek wątpliwości co do treści oświadczeń lub dokumentów. W niniejszym postępowaniu Wykonawca złożył oświadczenie z art. 125 ust. 1 jednoznaczne w swej treści, które Zamawiający ocenił pozytywnie, co odzwierciedla protokół z posiedzenia komisji w sprawie oceny ofert z dn. 27.02.2025 r.. Dopiero na skutek interwencji innego uczestnika postępowania Zamawiający powziął informacje, że WTU sp. z o. o. znajdowała się w sytuacji, w której odstąpiono od wcześniej realizowanej umowy i na podstawie weryfikacji tej informacji rozpoczął analizę okoliczności tego odstąpienia od umowy. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinien dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Warunkiem skorzystania z przywrócenia wiarygodności zawodowej przez Wykonawcę jest przyznanie się Wykonawcy do popełnionego błędu, poprzez złożenie stosownego oświadczenia w JEDZ. Jak wskazuje się w orzecznictwie „to obowiązkiem Wykonawcy, który ubiega się o zamówienie, a nie Zamawiającego, który dokonuje oceny tych informacji, jest weryfikacja podawanych danych, szczególnie w sytuacji, gdy te mają lub mogą mieć wpływ na ocenę złożonej oferty. Sama możliwość dokonania przez Zamawiającego sprawdzenia podanej przez Wykonawcę informacji, nie może legitymizować oczywistej niedbałości podejmowanych przez Wykonawcę działań i brak rzetelnej weryfikacji okoliczności faktycznych objętych treścią składanych oświadczeń. To Wykonawca obowiązany jest do dochowania należytej, przynależnej profesjonaliście staranności przy składaniu oświadczeń w danym postępowaniu" (wyrok Krajowej Izby odwoławczej z dnia 26 października 2020 r., KIO 2422/20). Wykonawca, którego należy traktować jako profesjonalistę, samodzielnie podjął decyzję nieujawniania w JEDZ, że w przeszłości doszło do rozwiązania umowy opisanego powyżej w sprawie zamówienia publicznego, rezygnując tym samym z możliwości skorzystania z instytucji samooczyszczenia oraz w konsekwencji nie pozostawiając Zamawiającemu możliwości podjęcia innej decyzji, aniżeli decyzji o w wykluczeniu Wykonawcy z postępowania i odrzuceniu złożonej przez niego oferty. Mając na uwadze opisany wyżej stan faktyczny i prawny oraz dokumenty zgromadzone w toku postępowania, Zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez Wykonawcę - WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 30-419 Kraków, ul. Klementyny Hoffmanowej 6B/4 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Uzasadnienie faktyczne - podstawa prawna art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp: Zamawiający w pkt 8 specyfikacji warunków zamówienia oraz w pkt 2.1.6 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że z postępowania wykluczy Wykonawcę, który „w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia". Wykonawca - WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie złożył ofertę, a wraz z nią oświadczenie JEDZ, gdzie w części III pn.: podstawy wykluczenia, sekcja C pn.: podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, na pytanie: „Czy Wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem Zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Proszę podać odpowiedź" zaznaczył odpowiedź „NIE". Udzielenie w JEDZ odpowiedzi „NIE" na pytanie dotyczące możliwości występowania w stosunku do Wykonawcy przesłanek wykluczenia, skutkowało powstaniem u Zamawiającego przekonania, że takie przesłanki nie zachodzą, co odzwierciedla pozytywna weryfikacja oświadczenia JEDZ dokonana przez komisje w dn. 27.02.2025 r.. Takie przeświadczenia w stosunku do Wykonawcy, którego oferta wstępnie była najwyżej oceniona, mogło doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej, oferty, która podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. a) Pzp.

Przypomnieć należy, iż przesłanka wprowadzenia w błąd polega na przedstawieniu przez Wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez Wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji Zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Mając na uwadze fakt odstąpienia od umowy nr 76/IM/2015 z dn. 21.09.2015 r., z WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przez RZGW w Rzeszowie, do którego doszło w dn. 6 października 2023 r. nie ma wątpliwości, że Wykonawca znajdował się w sytuacji, która winna skutkować udzieleniem odpowiedzi „TAK" na wyżej wskazane pytanie. Zamawiający informuje, że przy uzupełnianiu JEDZ nie ma przyzwolenia na dokonywanie przez Wykonawcę samodzielnej, subiektywnej oceny, czy w stosunku do niego zachodzą przesłanki wykluczenia, albowiem jest to rola Zamawiającego. W tym miejscu należy przywołać wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r.: „Wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy, wysunięte roszczenie odszkodowawcze lub naliczenie kar umownych nie musi być usankcjonowane przez sąd. Nawet zakwestionowanie tych czynności lub roszczeń przed sądem cywilnym nie ma wpływu na wykluczenie Wykonawcy. Dowodem nienależytego wykonania umowy może być w szczególności pozew, protokoły odbioru, korespondencja stron, a nawet notatki ze spotkań (patrz Komentarz pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021, str. 406) (...) Aby Zamawiający mógł ocenić, czy w przypadku odwołującego zachodzą przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Wykonawca winien przekazać Zamawiającemu wszystkie okoliczności dotyczące wskazanej inwestycji. O ile bowiem przesłanki dotyczące niewykonania lub nienależytego wykonania oraz wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy mają charakter obiektywny, o tyle okoliczność, czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy ma już charakter ocenny. Tym też należy tłumaczyć treść pytania zawartego w części III sekcja C JEDZ. Wykonawca ma udzielić odpowiedzi na pytanie o zaistnienie okoliczności faktycznych i obiektywnych, natomiast w sytuacji, gdy odpowiedź na to pytanie brzmi „TAK" — ma udzielić szczegółowych informacji na ten temat tak, aby Zamawiający mógł dokonać ich oceny w zakresie przesłanki wykluczenia KIO 3467/21). Dodatkowo wskazać należy, że ani z przepisów Pzp ani z instrukcji dotyczących zasad wypełnienia JEDZ nie wynika, aby w przypadku, gdy pomiędzy stronami trwał spór, co do sankcji związanych z naliczeniem kar umownych, Wykonawca był zwolniony z obowiązku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na przedmiotowe pytanie zawarte w JEDZ w części III w sekcji C. WTU Sp. z o. o. zaznaczając w JEDZ odpowiedź „NIE zamknęło sobie drogę do skutecznego wyjaśnienia okoliczności, które zaistniały przy realizacji wcześniejszej umowy, w tym także przeprowadzenia skutecznej procedury samooczyszczenia. Udzielając odpowiedzi „NIE" Wykonawca jednoznacznie wskazał, że nie znajdował się w żadnej z sytuacji, która mogłaby stanowić podstawę jego wykluczenia, co jest niezgodne z ustalonym stanem faktycznym i oznacza podanie nieprawdziwych informacji, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Profesjonalista zdaje sobie sprawę, że udzielanie odpowiedzi niezgodnych ze stanem faktycznym, będzie miało realny wpływ na ocenę jego oferty. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, WTU Sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu należy przypisać winę w postaci lekkomyślności lub co najmniej niedbalstwa, polegającą na braku zweryfikowaniu zgodności informacji określonych w JEDZ z rzeczywistością. Zamawiający nie rozstrzyga, czy Wykonawca działał lekkomyślnie tj.: od początku udziału w postępowaniu był świadomy tego, że podawane przez niego w JEDZ informacje dotyczące okoliczności wynikających z art. 109 ust.1 pkt. 7 Pzp są informacjami niezgodnymi ze stanem faktycznym, czy też nie zdawał sobie sprawy z tego, że podaje nieprawdziwe informacje, pozostając w nieuzasadnionym przekonaniu, że nie jest zobowiązany do ich podania, co nosi znamiona niedbalstwa, gdyż nie ma to wpływu na zastosowanie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10, który wprost wskazuje, iż działanie Wykonawcy w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji nie musi mieć charakteru umyślnego, ale może być to również działanie nieumyślne, tj. działanie niedbałe. Dodatkowo podkreślić należy, że Zamawiający ocenia Wykonawców biorących udział w postępowaniu przez pryzmat zawodowego charakteru ich działalności. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na Wykonawcę, obowiązek weryfikacji składnych w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów, upewniając się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2018 r., KIO 1983/18 – „Za profesjonalistę należy uznać, co do zasady, Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W tym wypadku wzorzec należytej staranności nakłada na Wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości bowiem, te składane w toku przetargu zmierzają do udzielenia zamówienia publicznego temu właśnie Wykonawcy i mają wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego." Nie ulega wątpliwości, iż Wykonawca mógł i powinien był dokonać realnej i rzetelnej weryfikacji składnego przez siebie oświadczenia w kontekście treści sformułowanych w JEDZ pytań, czego jednak nie uczynił. Podkreślenia wymaga fakt, iż model należytej staranności zakłada również znajomość przepisów prawa i wynikających z nich następstw. Wykonawca składając zatem Zamawiającemu oświadczenie niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, powinien i mógł przewidzieć konsekwencje swojego braku rzetelności, w tym przypadku w postaci wykluczenia z postępowania (por. wyrok KIO z

dnia 9 czerwca 2021 r. o sygn. akt KIO 1319/21). W konsekwencji, złożenie przez niego oświadczeń niezgodnych z rzeczywistością dotyczących okoliczności istotnych dla prowadzonego postępowania, w sposób oczywisty odbiega od miernika należytej staranności przynależnej profesjonaliście. Przy czym ocena „istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego" dokonywana jest przez pryzmat skutku, który Wykonawca mógł hipotetycznie wywołać, a przy tym skutek ten nie musi wcale wystąpić. Istotna jest zatem sama możliwość wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co może mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tak ważkich kwestiach, jak weryfikacja podstaw wykluczenia Wykonawcy lub ocena spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (vide: Wyrok KIO 3026/23 z dnia 30 października 2023 r.). Zamawiający dodatkowo podkreśla, iż doktryna i orzecznictwo nie pozostawia wątpliwości co do braku możliwości uzupełnienia/poprawienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji. W wyroku z dnia 13 grudnia 2021 r. (KIO 3467/21) KIO stwierdza: "Izba uznała za nieuzasadniony zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do poprawienia JEDZ z zaznaczeniem odpowiedzi "TAK" w pytaniu dotyczącym realizacji wcześniejszych umów lub art. 110 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie umożliwienia zastosowania procedury tzw. samooczyszczenia". Z utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej jednoznacznie wynika, że sytuacji, w której Wykonawca przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające go w błąd niedopuszczalnym jest zastąpienie nieprawdziwych informacji informacjami prawdziwymi i prowadzenie postępowania wyjaśniającego. Podkreślić raz jeszcze należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza w tym zakresie ma jednorodne stanowisko, albowiem w orzeczeniu z dnia 21 lutego 2024 r. KIO 353/24 konstatuje, iż: „Podanie informacji, które mijają się z rzeczywistością, nie stanowi błędu, lecz jest po prostu oświadczeniem nieprawdy, z nastawieniem na wprowadzenie Zamawiającego w błąd i uzyskanie zamówienia. Tym samym tzw. druga szansa, o której mówi art. 128 Pzp., nie przysługuje". Tutaj dyspozycja ustawodawcy jest jednoznaczna, takiego Wykonawcę należy wykluczyć (art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.) a jego ofertę odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp). Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie przyjęcie innego stanowiska prowadziłoby do sytuacji, w której Wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd na temat swojej przeszłości kontraktowej (zatajając określone fakty), licząc na to, że nawet jeśli Zamawiający posiądzie o nich wiedzę, to i tak będzie zobligowany do zwrócenia się do Wykonawcy z wnioskami o wyjaśnienia w zakresie przyczyn tych problemów. Taka sytuacja byłaby nieakceptowalna z perspektywy całego systemu zamówień publicznych, oznaczałaby przyzwolenie na podawanie przez Wykonawców nieprawdziwych informacji. Podstawa eliminacji Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp pełni także rolę prewencyjną. Celem przepisu jest nie tylko wykluczenie nierzetelnych Wykonawców, ale również zapewnienie, że Wykonawcy nie będą zachęcani przez zbyt pobłażliwe normy prawne do usiłowania wprowadzenia w błąd Zamawiającego, z ewentualną opcją na "poprawę" czy "późniejsze wyjaśnienie" swojego działania w przypadku, gdy ich zachowanie zostanie wykryte (KIO 449/22 WYROK z dnia 14 marca 2022 r.). Mając na uwadze opisany wyżej stan faktyczny i prawny oraz dokumenty zgromadzone w toku postępowania, Zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez Wykonawcę - WTU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 30- 419 Kraków, ul. Klementyny Hoffmanowej 6B/4 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, przy czym Zamawiający wskazuje, iż wykluczenie z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp stanowi samodzielną podstawę wykluczenia z postępowania, która nie jest uzależniona od stwierdzonych wobec Wykonawcy przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. (…)".

Odwołujący przekazał Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Rzeszowie Zamawiającego datowane na 15 czerwca 2023 r. pismo o treści „w imieniu WTU spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (dalej jako „Spółka", lub „Wykonawca"), jako członek jej zarządu, w związku z umową z dnia 24.09.2015, nr 76/IM/2016 (dalej jako „Umowa"), zawartej między Państwowym Gospodarstwem Wodnym Wody Polskie (wówczas był to Podkarpacki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Rzeszowie) a Spółką, a dotyczącą zadania pn. „Zabezpieczenie przed powodzią terenów zlokalizowanych w zlewni potoku Młynówka na terenie gminy Miasto Rzeszów oraz Gminy Krasne, woj. podkarpackie" podnoszę, iż dotychczasowa postawa organów administracji publicznej wskazuje w sposób jednoznaczny na to, że wykonanie przedmiotu Umowy w dającej się przewidzieć przyszłości jest po prostu niemożliwe, z przyczyn zupełnie niezależnych od Wykonawcy. W związku z powyższym Spółka uznaje, że umowa częściowo wygasła, tj. wygasła w zakresie prac pozostałych jeszcze do wykonania (por. art. 495 § 2 zd. 2 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych w zw. z art. 91 ust. 1 pkt a ustawy przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych). W związku z powyższym Spółka nie jest zobowiązana do dalszej realizacji powyższej Umowy (innymi słowy: zaprzestaje dalszych prac związanych z jej realizacją), a jednocześnie przysługuje jej wynagrodzenia za prace wykonane do chwili, w której wykonanie umowy okazało się niemożliwe. Przede wszystkim odnoszę się tu do wynagrodzenia za wykonane dotychczas prace geodezyjne związane z podziałem nieruchomości. O niemożliwości wykonania Umowy świadczą przede wszystkim następujące okoliczności (poniżej wybrane i przedstawione zostały jedynie te najistotniejsze): a) Umowa przewiduje uzyskanie przez Spółkę dla Zamawiającego szeregu ostatecznych decyzji administracyjnych, w tym m.in. decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, pozwolenia

wodnoprawnego, decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, decyzji o pozwoleniu na realizację inwestycji, decyzji pozwolenia na budowę oraz ewentualnie innych decyzji. Tymczasem od daty zawarcia umowy tj. od 24 września 2015 r. udało się uzyskać tylko pierwszą z tych decyzji, tj. decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach. Wg fragmentarycznej wiedzy Wykonawcy decyzja ta została zaskarżona do sądu administracyjnego. Wykonawca nie ma wiedzy na temat tego, w jaki sposób zakończyło się postępowanie sądowoadministracyjne. Niezależnie od tego bezsporne jest, że po prawie 8 latach realizacji umowy, udało się uzyskać tylko jedną z kilku decyzji administracyjnych. Podstawowe znaczenie ma to, że od 17 lipca 2020 r. trwa postępowanie w Ministerstwie Infrastruktury w przedmiocie wydania decyzji pozwolenia wodnoprawnego. Decyzja ta nie została jak do tej pory wydana i tak właściwie nie sposób ustalić, kiedy to nastąpi. b) W dniu 9 grudnia 2022 r. odbyło się (około pięćdziesiąte w ramach realizacji Umowy) spotkanie w sprawie realizacji przedmiotowej Umowy. W dniu 21 marca 2023 r. Zamawiający przesłał do Wykonawcy projekt notatki z tego spotkania. Abstrahując od innych kwestii, o których będzie mowa jeszcze poniżej, w projekcie notatki zostały zaprezentowane dwa warianty scenariuszy dalszego rozwoju sytuacji (podkreślam, że scenariusze zostały przygotowane przez pracowników Zamawiającego): 1. Scenariusz I, zgodnie z którym (ograniczam się do kluczowych dat): - uzyskanie pozwoleń wodnoprawnych ma nastąpić do stycznia 2023 - uzyskanie pozwolenia na realizację inwestycji ma nastąpić do listopada 2023 2. Scenariusz II, zgodnie z którym (również ograniczam się jedynie do dwóch kluczowych dat): - uzyskanie pozwoleń wodnoprawnych ma nastąpić do kwietnia 2023 - uzyskanie pozwolenia na realizację inwestycji ma nastąpić do lutego 2024. W dniu 24 marca 2023 r. pracownik Zamawiającego, starszy specjalista Pan Michał Szpinda wysłał do Wykonawcy wiadomość e-mail, której załącznik stanowił plik w formacie word. Jego treść zawierała (zgodnie z tytułem) tzw. wariant optymistyczny rozwoju wydarzeń związanych z realizacją Umowy. Zakładał on wydanie pozwoleń wodnoprawnych do 28 kwietnia 2023 r. i wykonanie przez Wykonawcę aktualizacji projektu budowlanego do 30 listopada 2023 r. W dniu 31 maja 2023 r. zostało wydane obwieszczenie Ministra Infrastruktury, z którego wynika m.in., że przewidywany termin wydania pozwoleń wodnoprawnych w niniejszej sprawie to 31 lipca 2023 r. Innymi słowy, pozwolenia wodnoprawne nadal nie zostały wydane i nie sposób określić kiedy to nastąpi (termin 31 lipca 2023 r. może przecież znów zostać wydłużony przez organ). Oznacza to, że nawet Scenariusz II, stanowiący pesymistyczny wariant rozwoju sytuacji, ani tzw. wariant optymistyczny opracowany przez Pana M. Szpindę, nie został dotrzymany. Zatem uzyskanie ostatecznej decyzji pozwolenia na realizację inwestycji w I kwartale 2024 również nie jest realne. Podkreślam, że żaden z powyższych Scenariuszy (nawet ten pesymistyczny) nie obejmował realnej możliwości, że któraś z decyzji (np.: pozwolenie wodnoprawne) zostanie zaskarżona przez zainteresowanych. Zwracam uwagę, że czas rozpoznawania wniosków o ponowne rozpoznanie sprawy bądź odwołań przez właściwe organy odwoławcze to minimum kilka miesięcy. Należy przypomnieć także, że w 2025 r. przedmiotowa Umowa będzie obchodziła 10-lecie jej realizacji. Przypominamy również, iż zgodnie z wezwaniem GM-Dok-3.7700.189.2021.MB z dnia 20 grudnia 2022r., biuro projektowej udzieliło kolejnych szczegółowych wyjaśnień do treści wniosku oraz operatów, omówionych szczegółowo z Państwem w dniu 27 stycznia 2023r. podczas rady technicznej (on-line) przed ich przekazaniem do Organu. c) Wykonawca dostrzega bardzo niepokojące zjawisko przejawiające się w próbie „przerzucania" przez Zamawiającego winy za przewlekłe prowadzenie postępowań administracyjnych na Wykonawcę. Tego typy formy obwiniania Wykonawcy są zupełnie bezpodstawne, a ujmując sprawę „po ludzku" po prostu krzywdzące dla pracowników Wykonawcy. Jedynym podmiotem odpowiedzialnym za przewlekłość postępowań administracyjnych jest organ je prowadzący tj. Ministerstwo Infrastruktury. Ministerstwo wielokrotnie kierowało do Wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień lub informacji bądź uzupełnienia operatu o zagadnienia, które wykraczają poza zakres niezbędny do wydania decyzji pozwolenia wodnoprawnego, np.: wymiary fundamentów czy przyczółków wylotowych. Wykonawca realizuje umowę z zachowaniem należytej staranności i przygotował operat zgodny z przepisami prawa oraz zasadami sztuki projektowej i wiedzy technicznej. Na niezrozumiałe i sprzeczne działania organu wydającego pozwolenie wodnoprawne Wykonawca nie ma wpływu. d) Co więcej, mimo tego, że Zamawiający zobowiązał się do przygotowania i przesłania aneksu zmieniającego treść Umowy, Wykonawca nie otrzymał go do tej pory. Wykonawca nie wie jak zinterpretować obecną sytuację, w której z jednej strony Zamawiający oczekuje dalszej realizacji Umowy (realizowanej od 2015 r.), z drugiej zaś nie dąży do zmiany Umowy, choć terminy jej wykonania minęły już dawno temu. e) Ponadto Zamawiający konsekwentnie odmawia licznym dotychczasowym prośbą Wykonawcy o waloryzację jego wynagrodzenia umownego ze względu na występujące zjawisko galopującej inflacji. Wynagrodzenie Wykonawcy, ustalone w 2015 r. wg cen rynkowych sprzed tej daty, jest zupełnie nieadekwatne w stosunku do obecnych kosztów realizacji projektu takiego jak ten przewidziany w Umowie. Zamawiający nie dostrzega zupełnie wytycznych zawartych w dokumencie sporządzonym przez Prokuratorię Generalną Rzeczypospolitej Polskiej pt. „Zmiana umowy z uwagi na nadzwyczajny wzrost cen (waloryzacja wynagrodzenia) - podstawowe zagadnienia." z lipca 2022 r. (opublikowany https://www.gov.pl/web/prokuratoria/rekomendacje-i-wzory-postanowien-umow2). Tymczasem w wymienionym dokumencie Prokuratoria Generalny jednoznacznie rekomenduje dokonywanie przez Zamawiających waloryzacji wynagrodzeń przewidzianych w umowach zawieranych w trybie prawa zamówień publicznych ze względu na postępującą inflację. e) Ponadto podnoszę, że zgodnie z dotychczasowymi

ustaleniami (poczynionymi m.in. na spotkaniu w dniu 9 grudnia 2022 r.) po uzyskaniu pozwoleń wodnoprawnych Wykonawca miał przystąpić do dalszych prac (aktualizacji dokumentacji projektowej). Ze względu na następujące okoliczności: - konieczność poniesienia przez Wykonawcę nakładu pracy niewspółmiernego do opisu zawartego w opisie przedmiotu zamówienia z 2014 r., przejawiającego się w ilości spotkań, ilości przygotowanych dokumentów oraz zaangażowaniu zespołu projektowego; - stratę po stronie Wykonawcy wygenerowaną przez realizację przedmiotu Umowy, która według wewnętrznych dokumentów przygotowywanych przez Spółkę na potrzeby jej wspólników wyniosła 490.000 zł netto (wynika ona z odniesienia liczby roboczogodzin pracy specjalistów do wysokości wynagrodzenia ryczałtowego za wykonanie przedmiotu Umowy) władze Spółki dochodzą do wniosku, że w chwili uzyskania pozwoleń wodnoprawnych może ona nie posiadać zdolności do realizacji kolejnych etapów niniejszej Umowy. Podkreślam, że w 2015 r. Wykonawca złożył oświadczenie o posiadaniu zdolności do realizacji przedmiotu Umowy, jednak ze względu na opisane w tym piśmie (oraz we wcześniejszej korespondencji) trudności (w szczególności przewlekłość postępowań administracyjnych), oświadczenie to straciło swoją aktualność. Nie mniej istotne jest to, że w ostatnim czasie odbyło się zgromadzenie wspólników Spółki. W jego trakcie większościowy wspólnik Spółki doszedł do wniosku, że ze względu na (1) trudności z realizacją przedmiotowej Umowy (2) kryzys na rynku zamówień publicznych (przejawiający się w radykalnym zmniejszeniu ilości organizowanych przetargów), należy rozważyć możliwość złożenia przez Spółkę wniosku o ogłoszenie upadłości. Jest to okoliczność, która również powinna zostać wzięta pod uwagę w procesie decydowania o kontynuacji realizacji niniejszej Umowy. f) W ocenie Wykonawcy opisane powyżej problemy prowadzą do wniosku, że zachodzi przypadek niemożliwości świadczenia (w postaci uzyskania w racjonalnym, dającym się przewidzieć czasie, wszystkich decyzji administracyjnych objętych Umową) w zakresie prac przewidzianych w Umowie, które pozostały jeszcze do realizacji. Pojęcie niemożliwości świadczenia zdefiniował Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 15 listopada 2013 r., V CSK 500/12, Legalis: „Według przeważającego w doktrynie poglądu, przyjmowanego także w judykaturze Sądu Najwyższego, niemożliwość świadczenia skutkująca wygaśnięciem zobowiązania obejmuje sytuacje, gdy po powstaniu zobowiązania zaistnieje stan zupełnej, trwałej i obiektywnej niemożności zachowania się dłużnika w sposób wynikający z treści zobowiązania. Zupełność tego stanu oznacza niemożność zaspokojenia wierzyciela w jakikolwiek sposób, trwałość zaś, oznacza niezmienność w czasie wchodzącym w rachubę z punktu widzenia interesu wierzyciela, względnie z uwagi na naturę zobowiązania. Jednocześnie podkreśla się, że niemożliwość świadczenia ma obiektywny charakter, który wyraża się w tym, że nie tylko dłużnik, ale także każda inne osoba nie jest w stanie zachować się w sposób zgodny z treścią zobowiązania, ponieważ z przyczyn o charakterze powszechnym lub dotyczących sytuacji dłużnika świadczenie jest niewykonalne (zob. m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2000 r., V CKN 150/00, niepubl.; z dnia 10 września 2009 r., V CSK 58/09, z dnia 18 maja 2011 r., III CSK 217/10, niepubl.)". Z punktu widzenia interesów wierzyciela (Zamawiającego), jak i dłużnika (Wykonawcy), oraz interesu publicznego nie można pozwolić sobie na oczekiwanie na uzyskanie określonych decyzji administracyjnych „w nieskończoność". Taka zaś sytuacja występuje obecnie. W (stosując terminologię Sądu Najwyższego) wchodzącym w rachubę czasie (a więc kilku miesięcy) uzyskanie wszystkich niezbędnych decyzji (biorąc pod uwagę postawę organów administracyjnych i potencjalne zaskarżenie decyzji przez niezadowolone strony) jest po prostu niemożliwe. Reasumując powyższe wywody: (1) Wykonawca uważa, że realizacja Umowy nie jest możliwa w racjonalnym i dającym się przewidzieć czasie (2) Wykonawca jest skłonny dowodzić słuszności powyższej tezy przed Sądem powszechnym (3) w związku z tym, że Wykonawca uważa, iż niniejsza Umowa wygasła w zakresie prac pozostałych jeszcze do realizacji (uzyskania decyzji pozwolenia wodnoprawnego i dalszych prac przewidzianych Umową), Wykonawca zaprzestaje ich dalszej realizacji, uznaje bowiem, iż nie jest to tego zobowiązany. Jednocześnie Wykonawca oczekuje, że zostaną uregulowane kwestie rozliczeń finansowych związanych z pracami, które zostały wykonane przez Wykonawcę do chwili, w której Umowa stała się niemożliwa do Wykonania, a które to prace do tej pory nie zostały rozliczone(konkretnie: prace geodezyjne związane z podziałem nieruchomości). W związku z tym Zamawiający jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Wykonawcy kwoty 194.782,80 zł tytułem prac geodezyjnych związanych z podziałem nieruchomości (dokumentacja związana z tymi pracami została do Państwa przekazana w dniu 14 czerwca 2023 r.), wynikającej z faktury VAT załączonej do niniejszego pisma.".

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania oraz załączonym do odwołania dokumencie oznaczonym jako „pismo WTU sp. z o.o. z dnia 15 czerwca 2023 r. wraz z UPP".

Mając na uwadze art. 531 Pzp, zgodnie z którym „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie", Izba pominęła załączone do odwołania dokumenty oznaczone jako „pismo WTU sp. z o.o. z dnia 5 lipca 2023 r. wraz z UPP", „pismo WTU sp. z o.o. z dnia 13 października 2023 r. wraz z UPP", „pismo WTU sp. z o.o. z dnia 23 października 2023 r. wraz z UPP", „pismo WTU sp. z o.o. z dnia 15 listopada 2023 r. wraz z UPP", „pismo WTU sp. z o.o. z dnia 19 stycznia 2024 r. wraz z UPP", „aneks nr 13 do umowy nr 76/IM/2015 z dnia 21 września 2015 r.", „pismo WTU sp. z o.o. z dnia 16 stycznia 2023 r. wraz z potwierdzeniem doręczenia", „pismo WTU sp. z o.o. z dnia 19 stycznia 2023 r. z potwierdzeniem doręczenia" oraz „pismo WTU sp. z o.o. z dnia 31 stycznia 2023 r.

z potwierdzeniem doręczenia". Dokumenty te mogły służyć dokonaniu ustaleń dotyczących realizacji i odstąpienia od zawartej przez Odwołującego z Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Rzeszowie umowy nr 76/IM/2015 - w zakresie treści i doręczenia pism pochodzących od Odwołującego - a także zmiany treści tej umowy. Okoliczności te nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, zatem dokumenty te nie mogły służyć ustaleniu faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie.

Należy przy tym zauważyć, że „wypełnienie przesłanek do wykluczenia z postępowania określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 i 10 PZP", „poczynienie przez Zamawiającego ustaleń w oparciu o wybiórczy stan faktyczny dotyczący zamówienia publicznego w innej sprawie", oraz „prawidłowość i zasadność zaskarżonej czynności Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego" to kwestie oceny, a nie faktu, w celu ustalenia którego przeprowadza się dowód.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „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", Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania.

Zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 16 pkt 2 Pzp był uzasadniony.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne". Art. 16 pkt 2 Pzp stanowi zaś, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty".

Z art. 16 pkt 2 Pzp wynika norma nakazująca przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty. W zakresie czynności odrzucenia oferty wykonawcy norma ta została skonkretyzowana w art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp., z którego wynika norma mająca istotne znaczenie w świetle art. 555 Pzp. W przepisie tym określono, że „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu" – przy czym „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy" (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2022 r., wydanego w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). W konsekwencji w sytuacji, gdy odwołanie zostało wniesione na czynność odrzucenia oferty wykonawcy, wydając wyrok, w którym ocenia zgodność z przepisami Pzp tej czynności, Izba orzeka w granicach treści uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności podanego przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy oraz w granicach przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych, wskazujących na naruszenie w związku z tą czynnością przepisów Pzp, których naruszenie zarzucono w odwołaniu.

Oceniając zgodność z przepisami Pzp czynności odrzucenia oferty Odwołującego Izba mogła więc orzekać wyłącznie w granicach uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności przedstawionego w przekazanym Odwołującemu 1 lipca 2025 r. piśmie zatytułowanym „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej".

Należy wskazać, że w zakresie czynności odrzucenia oferty wykonawcy wykonanie obowiązku wynikającego z art. 253 ust. 1 pkt 2 i art. 16 pkt 2 Pzp polega na podaniu uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności w sposób wyczerpujący w takim zakresie, aby wynikało z niego, jakie okoliczności faktyczne stanowiły podstawę (uzasadniały) odrzucenia oferty oraz że wystąpiły wszystkie okoliczności stanowiące hipotezę normy prawnej wynikającej z przepisu który stanowił podstawę prawną odrzucenia oferty.

W sytuacji, gdy oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a (zgodnie z którym „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania") w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający zobowiązany był do wskazania okoliczności uzasadniających stwierdzenie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zważywszy, że w przepisie tym określono, iż „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", uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty Odwołującego powinno zawierać wskazanie okoliczności pozwalających na stwierdzenie, że:

-Odwołujący nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji,

-ww. zobowiązanie było istotne,

-nie wykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie ww. zobowiązania nastąpiło z

przyczyn leżących po stronie Odwołującego,

-nie wykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie ww. zobowiązania miało znaczny stopień lub zakres

-nie wykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie ww. zobowiązania doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Jak wynika z treści odwołania, naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 16 pkt 2 Pzp Odwołujący upatrywał w „przedstawieniu niewystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego", a zarzut ten był trafny w zakresie odnoszącym się do niewskazania okoliczności uzasadniających uznanie, że nie wykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie zobowiązania wynikającego z zawartej przez Odwołującego z Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Rzeszowie umowy nr 76/IM/2015 nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

W świetle treści ww. pisma zatytułowanego „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej" należy stwierdzić, że podając uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający wskazał na „przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, które skutkują wykluczeniem Wykonawcy z postępowania", przy czym nie wymienił „nie wykonania lub nienależytego wykonanie albo długotrwałe nienależytego wykonywania zobowiązania z przyczyn leżących po stronie Odwołującego", ograniczając się do stwierdzenia, iż „Niewywiązywanie się z obowiązków umownych, w tym nieprzedkładanie dokumentów na wezwanie Zamawiającego koniecznych do uzyskania pozwolenia wodnoprawnego, było przyczyną odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z winy Wykonawcy i niezrealizowania części umowy, co jednoznacznie potwierdza winę Wykonawcy.".

Ze stwierdzenia tego wynika, że okolicznością wskazującą na to, że „niewywiązywanie się z obowiązków umownych, w tym nieprzedkładanie dokumentów na wezwanie Zamawiającego koniecznych do uzyskania pozwolenia wodnoprawnego" nastąpiło z winy Odwołującego jest „odstąpienie przez Zamawiającego od umowy z winy Wykonawcy".

Należy wskazać, że dokonanie przez Regionalny Zarządem Gospodarki Wodnej w Rzeszowie odstąpienia od umowy nr 76/IM/2015 (czy złożenie oświadczenia o odstąpieniu od tej umowy) ze wskazaniem, że następuje ono z winy Odwołującego, nie może skutkować uznaniem, że Odwołujący nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał zobowiązanie z przyczyn leżących po jego stronie. Przyczyny leżące po stronie wykonawcy, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, to przyczyny nie wykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania określonego zobowiązania, a nie przyczyny odstąpienia od umowy. Zacytowany powyżej fragment ww. pisma zatytułowanego „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej" nie może więc zostać uznany za wystarczający aby przyjąć, że nie wykonanie lub nienależyte wykonanie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie zobowiązania wynikającego z zawartej przez Odwołującego z Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Rzeszowie umowy nr 76/IM/2015 nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że w uzasadnieniu faktycznym i prawnym czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie zostały podane okoliczności uzasadniające uznanie, że wystąpiły wszystkie okoliczności stanowiące hipotezę normy prawnej wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Tym samym uzasadnienie to nie czyni zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 253 ust. 1 pkt 2 i art. 16 pkt 2 Pzp.

W konsekwencji czynność odrzucenia oferty Odwołującego musiała zostać uznana za czynność dokonaną z naruszeniem tych przepisów.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 i art. 16 Pzp był uzasadniony, co było konsekwencją uznania za uzasadniony zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 16 pkt 2 Pzp.

Treść art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp przytoczono powyżej. Art. 16 Pzp stanowi zaś, że „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny".

W sytuacji, gdy w ww. piśmie zatytułowanym „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej" jako jedną z podstaw prawnych czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskazano art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a podane w nim uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności (w zakresie tej podstawy prawnej) nie zawiera wskazania okoliczności uzasadniających uznanie, że wystąpiła jedna z okoliczności stanowiących hipotezę normy prawnej wynikającej z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, a w konsekwencji przyjęcie, że Odwołujący jest wykonawcą, który na podstawie tego przepisu podlega wykluczeniu z Postępowania, wobec czego jego oferta podlega odrzuceniu, nie sposób stwierdzić, że oferta Odwołującego jest ofertą złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania na podstawie tego przepisu. Nie można więc uznać, że Zamawiający odrzucił tą ofertę zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Konieczne więc było stwierdzenie naruszenia tych przepisów.

Konsekwencją powyższego był brak uzasadnienia dla rozpoznawania zarzutu naruszenia art. 109 ust. 3 Pzp

„poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy wykluczenie Odwołującego jest oczywiście nieproporcjonalne w stosunku do wagi zarzucanych naruszeń, a w szczególności z uwagi na brak jakichkolwiek dowodów na spełnienie wobec Odwołującego przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP", który został przedstawiony „ewentualnie, z ostrożności procesowej".

Zgodnie z tym przepisem „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".

Oczywiste jest, że dokonanie oceny tego zarzutu, to jest kwestii zastosowania ww. przepisu, byłoby zasadne w sytuacji, gdyby przyjąć, że Zamawiający prawidłowo uznał, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Jak zaś wskazano powyżej, brak było podstaw do uznania oferty Odwołującego za ofertę złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania na podstawie tego przepisu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 i art. 16 Pzp nie był uzasadniony.

Treść art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp oraz art. 16 Pzp przytoczono powyżej. Art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp stanowi zaś, że „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia".

Należy stwierdzić, że kluczową kwestią sporną w zakresie tego zarzutu było to, czy w złożonym w Postępowaniu JEDZ Odwołujący zobowiązany był podać odpowiedź „Tak" na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" w okolicznościach dotyczących zawartej przez Odwołującego z Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Rzeszowie umowy nr 76/IM/2015 – w sytuacji, gdy:

-Odwołujący przekazał Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Rzeszowie Zamawiającego ww. datowane na 15 czerwca 2023 r. pismo (w którym wskazano że „wykonanie przedmiotu Umowy w dającej się przewidzieć przyszłości jest po prostu niemożliwe, z przyczyn zupełnie niezależnych od Wykonawcy. W związku z powyższym Spółka uznaje, że umowa częściowo wygasła, tj. wygasła w zakresie prac pozostałych jeszcze do wykonania (por. art. 495 § 2 zd. 2 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych w zw. z art. 91 ust. 1 pkt a ustawy przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych)",

-Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie Zamawiającego złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy,

-Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie Zamawiającego naliczył Odwołującemu karę umowną.

Konieczne jest wskazanie, że - nie podzielając w tym zakresie stanowiska Odwołującego - odpowiedź na to pytanie jest twierdząca. Zdaniem Izby pytanie to jest proste, a udzielenie na nie odpowiedzi sprowadza się do stwierdzenia, czy wystąpiły opisane w nim sytuacje. W przypadku, gdy doszło do wystąpienia takiej sytuacji (jednej bądź wielu), wykonawca zobowiązany jest podać odpowiedź „Tak" i ją (czy je) opisać.

Trafnie podniesiono przy tym w odwołaniu, że „dokument JEDZ nie służy przedstawianiu całej historii kontraktowej wykonawcy, w tym wszelkich zdarzeń, w których realizacja umowy napotkała jakiekolwiek trudności". W zakresie ww. pytania oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp złożone na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dotyczy wyłącznie określonych umów (w sprawie zamówienia publicznego, z podmiotem zamawiającym i w sprawie koncesji) oraz sytuacji – rozwiązanie wcześniejszej umowy, nałożenie odszkodowania bądź inne porównywalnych sankcji w związku z tą wcześniejszą umową. Udzielenie odpowiedzi na to pytanie ma zatem dotyczyć wyłącznie takich umów i sytuacji, a nie „całej historii kontraktowej".

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2022 r. wydanego w postępowaniu toczącym się pod sygn. KIO 449/22, formuła ww. pytania „daje zamawiającemu możliwość dokonania sprawdzenia czy problemy, na które natknął się wykonawca w toku realizacji innych inwestycji są na tyle poważne i na tyle wpływają na obraz wykonawcy, że uzasadniają wykluczenie go z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Weryfikacja ta nie będzie możliwa, jeżeli wykonawca nie dokona notyfikacji takich okoliczności w oświadczeniu JEDZ. W szczególności, że udzielenie pozytywnej odpowiedzi na sporne pytanie nie oznacza automatycznego wyeliminowania wykonawcy z postępowania, co będzie możliwe dopiero po stwierdzeniu przez zamawiającego zaistnienia wszystkich przesłanek podstawy wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. Niemniej, w sytuacji, w której wykonawca nie uznaje się za podlegającego eliminacji, nadal obciąża go obowiązek powiadomienia jednostki zamawiającej o określonych w omawianym pytaniu zdarzeniach (nie zaś o całej historii kontraktowej). Podobnie stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, gdzie wskazano: „Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie

wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który „oczyściłby się" z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musiał być transparentny w tym zakresie i „zaoferować" Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją" (tak wyrok z dnia 23.08.2019 r. sygn. akt XXIII Ga 469/19). Warto również zaznaczyć, że konstrukcja JEDZ umożliwia wykonawcy pełne wykazanie niepodlegania wykluczeniu i daje możliwość szerokiego odniesienia się do udzielonych informacji, oczywiście pod warunkiem, że taka informacja zostanie wskazana – po zaznaczeniu odpowiedzi „tak" na sporne pytanie w JEDZ mamy pole do wypełnienia pn. „proszę je opisać", gdzie wykonawca ma możliwość szczegółowego odniesienia się do udzielonej odpowiedzi.".

Ujmując rzecz prosto, zawarte w JEDZ pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" nie jest pytaniem „Czy podlegasz wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp?", lecz pytaniem „Czy wystąpiła sytuacja, która mogłaby skutkować twoim wykluczeniem na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp?".

Ponadto należy wskazać, że z treści art. 109 ust. 1 pkt 7 i pkt 10 Pzp nie wynika, aby któryś z nich zawierał normę nakazującą wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą stosuje się wyłącznie wtedy, gdy stosuje się inną normę nakazującą wykluczenie wykonawcy z postępowania. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp nie jest zatem uzależnione od wystąpienia innej podstawy wykluczenia, w szczególności określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. W konsekwencji aby uznać, że wykonawca powinien zostać wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp nie jest niezbędne stwierdzenie istnienia przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, że zawarta przez Odwołującego z Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Rzeszowie umowa nr 76/IM/2015 była umową w sprawie zamówienia publicznego oraz że w związku z tą umową (na podstawie jej postanowień) Odwołującemu naliczono karę umowną, którą Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie Zamawiającego potrącił z wynagrodzeniem Odwołującego.

Przepisem definiującym karę umowną jest art. 483 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, zgodnie z którym „można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)". W art. 484 § 1 zdanie pierwsze tej ustawy określono przy tym, że „w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody". Stosownie zaś do art. 471 tej ustawy „dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi".

Z przepisów tych wynika, że ziszczenie się przesłanek powstania obowiązku zapłaty kary umownej - niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego oraz powstanie szkody w wyniku tego niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania – oznacza, że ziściły się także przesłanki powstania obowiązku naprawienia szkody na podstawie art. 471 ww. ustawy, który może zostać spełniony przez zapłatę odszkodowania.

W konsekwencji, w rozumieniu zawartym w pytaniu „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?" porównywanie kary umownej z odszkodowaniem znajduje uzasadnienie; tym samym karę umowną, o której mowa w art. 483 § 1 ww. ustawy, należy uznać za „porównywalną sankcję", o której mowa w tym pytaniu, bez względu na to, w jakim stopniu pełni ona funkcję odszkodowawczą, a jej „naliczenie" – za „nałożenie" takiej sankcji.

Należy więc uznać, że jeżeli w związku ze wcześniejszą umową w sprawie zamówienia publicznego wykonawcy naliczono karę umowną występuje sytuacja, której dotyczy ww. pytanie.

Naliczenie Odwołującemu kary umownej w związku z zawartą przez Odwołującego z Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Rzeszowie umową nr 76/IM/2015 powodowało więc, że w złożonym w Postępowaniu JEDZ zobowiązany był on udzielić odpowiedzi „tak" na pytanie „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?".

Nie zasługuje przy tym na aprobatę stanowisko, że Odwołujący nie był do tego zobowiązany w sytuacji, gdy nie

zgadza się on „ze stanowiskiem zamawiającego o zasadności odstąpienia i naliczenia kar umownych, a spor ten nie został rozstrzygnięty prawomocnie przez sąd", wobec czego rzeczona kara nie została „skutecznie i zasadnie" naliczona.

Aczkolwiek nie było sporne, że pomiędzy Odwołującym a Regionalnym Zarządem Gospodarki Wodnej w Rzeszowie (Zamawiającym) istnieje spór co do skuteczności odstąpienia od ww. umowy oraz obowiązku zapłaty ww. kary umownej, który znalazł wyraz w złożeniu przez Odwołującego przedsądowego wezwania do zapłaty w zakresie brakującej części wynagrodzenia (potrąconego z karą umowną), to brak jest podstaw do przyjęcia, że samo istnienie takiego sporu powoduje, że Odwołujący nie był zobowiązany do udzielenia odpowiedzi „tak" na ww. pytanie.

Konieczne jest zauważenie, że w pytaniu tym użyte jest sformułowanie „nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje", a nie sfomułowanie, wskazujące na to, że „odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje" ma być skutecznie wyegzekwowane – na przykład zapłacone (przy czym zauważenia wymaga, że potrącenie przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie Zamawiającego kary umownej z wynagrodzeniem Odwołującego miało skutek taki jak jej zapłacenie). Z treści tego pytania nie wynika także, aby sytuacja, o której w nim mowa - rozwiązanie przed czasem wcześniejszej umowy lub nałożenie odszkodowanie bądź innych porównywalnych sankcji w związku z wcześniejszą umową – miała być bezsporna.

Jak wskazano powyżej, zaznaczenie w oświadczeniu składanym na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia odpowiedzi „tak" na ww. pytanie umożliwia wypełnienie pola pn. „proszę je opisać", w którym wykonawca ma możliwość szczegółowego odniesienia się do udzielonej odpowiedzi. Wymaga wskazania, że pole to nie służy wyłącznie do opisania spełnienia przesłanek określonych w art. 110 ust. 2 Pzp (tzw. samooczyszczenia); w polu tym wykonawca może przedstawić także wszystkie okoliczności dotyczące sytuacji, której wystąpienie skutkowało powstaniem obowiązku udzielenia odpowiedzi „tak", na przykład w zakresie stanu faktycznego, w którym doszło do naliczenia kary umownej, czy wskazania na istnienie sporu co do obowiązku jej zapłaty (i podejmowanych w tym zakresie czynności) – w celu wykazania, że wystąpienie tej sytuacji nie uzasadnia jego wykluczenia między innymi na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Niezależnie zatem od tego, czy „doszło do odstąpienia" od umowy nr 76/IM/2015 (ze względu na to, że ww. umowa „wygasła już wcześniej ze względu na fakt niemożliwości wykonania przedmiotu Umowy") czyli czy oświadczenie o odstąpieniu od tej umowy było skuteczne, samo naliczenie Odwołującemu kary umownej w związku z tą umową obligowało go do udzielenia w złożonym w Postępowaniu JEDZ odpowiedzi „tak" na ww. pytanie.

Udzielając zaś na nie odpowiedzi „nie" Odwołujący przedstawił informację nieprawdziwą (niezgodną z rzeczywistym stanem rzeczy) – wprowadzającą Zamawiającego w błąd co do tego stanu.

Z treści odwołania – w którym trafnie przedstawiono przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp - nie wynika, aby Odwołujący kwestionował wystąpienie innych spośród tych przesłanek niż „przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd".

Okoliczności faktyczne i prawne przedstawione w odwołaniu nie uzasadniały więc stwierdzenia, iż Zamawiający błędnie uznał, iż Odwołujący podlega wykluczeniu na podstawie ww. przepisu, i niezgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp odrzucił jego ofertę.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 Pzp „oraz pkt 17 SWZ" nie był uzasadniony.

Treść art. 16 pkt 1 Pzp przytoczono powyżej. Zgodnie z art. 239 Pzp„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem." Art. 17 ust. 2 Pzp stanowi zaś, że „zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy".

W sytuacji, gdy Izba nie stwierdziła, aby oferta Odwołującego została odrzucona z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, brak było podstaw do przyjęcia, że Zamawiający zobowiązany był dokonać jej oceny (na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ), a tym samym nie sposób było uznać, że jest ona ofertą najkorzystniejszą i powinna zostać wybrana.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp „Izba 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".

Naruszenie przez Zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 16 pkt 2 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nie miało ani nie mogło mieć wpływu na wynik Postępowania. W sytuacji, gdy Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 i art. 16 Pzp, a oferta Odwołującego, która została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp nie mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu.

Wobec powyższego odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i 2 oraz § 8 ust. 2 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.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę, b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, (…) d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego". § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że „W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego (…)".

Zgodnie z § 5 pkt 1 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowani przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonych do akt sprawy spisu kosztów, faktur i dokumentu „potwierdzenie wykonania przelewu krajowego", na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 6.642 złotych, koszty dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę w wysokości 259 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w wysokości 17 złotych.

Zważywszy na treść § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia nie ulega wątpliwości, że wysokość kosztów, które mogą być zaliczone do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w zakresie wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego jest ograniczona zakresowo (do wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika) oraz kwotowo – do kwoty nieprzekraczającej 3.600 złotych.

Brak było podstaw do zaliczenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego ww. kosztów dojazdu. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2 lit. a i b ww. rozporządzenia należy uznać, że do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego strony bądź uczestnika postępowania odwoławczego zalicza się „koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę" (§ 5 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia), stanowiące „koszty związane z dojazdem" samej tej strony bądź uczestnika, czyli w przypadku, gdy na wyznaczonym posiedzeniu lub rozprawie stawi się sama strona bądź uczestnik postępowania odwoławczego (a w przypadku strony bądź uczestnika reprezentowanej przez określony organ - piastun tego organu), w szczególności nie reprezentowany przez pełnomocnika. Koszty dojazdu pełnomocnika „na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę" należy natomiast zaliczyć zaś należy do „wydatków pełnomocnika", o których mowa w § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia. W konsekwencji wobec treści tego przepisu i wysokości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego koszty postępowania odwoławczego Odwołującego nie mogły obejmować dodatkowo ww. kosztów dojazdu w wysokości 259 złotych.

Zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b i d ww. rozporządzenia do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono zatem wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych oraz wydatek na opłatę skarbową od złożenia pełnomocnictwa w kwocie 17 złotych.

Zamawiający na rozprawie był reprezentowany przez dwóch pełnomocników. Jak wynika ze złożonej do akt sprawy faktury, na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.690 złotych.

Mając na uwadze, że zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogą być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego Izba zaliczyła wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Zważywszy, że odwołanie zostało oddalone, stosownie do § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący:……..……