

Sygn. akt: KIO 105/14

WYROK
z dnia 10 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Dagmara Gałczewska-Romek

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 lutego 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **22 stycznia 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **B..... C.....** prowadzącą działalność gospodarczą po firmą **Giardino B..... C.....**, ul. **Welecka 4, 72-006 Mierzyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Usług Komunalnych, ul. Ku Słońcu 125a, 71-080 Szczecin**,

przy udziale

wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa „Thomas” Sp. z o.o. z siedzibą w Mierzynie, ul. Lubieszewska 34, 72-006 Mierzyn zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **B..... C..... prowadzącą działalność gospodarczą po firmą Giardino B..... C....., ul. Welecka 4, 72-006 Mierzyn** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **B..... C..... prowadzącą działalność gospodarczą po firmą Giardino B..... C....., ul. Welecka 4, 72-006 Mierzyn**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **B..... C..... prowadzącą działalność gospodarczą po firmą Giardino B..... C....., ul. Welecka 4, 72-006 Mierzyn** na rzecz zamawiającego **Zakład Usług Komunalnych, ul. Ku Słońcu 125a, 71-080 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i poz. 1047) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący

Członkowie

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Gmina Miasto Szczecin Zakład Usług Komunalnych, ul. Ku Słońcu 125 A, 71-080 Szczecin** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wycinka drzew i krzewów w ramach zadania inwestycyjnego Gminy Miasto Szczecin pn. Doprowadzenie niezbędnej infrastruktury technicznej do stref inwestycyjnych Trzebusza i Dunikowa przeznaczonych pod funkcje przemysłowo-składowe«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu **23.12.2013 r.** w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem **534492-2013**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, poz. 984 i poz. 1047) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **17.01.2014 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa THOMAS sp. z o.o. z siedzibą w Mierzynie, ul. Lubieszyska 34, 72-006 Mierzyn;
- 2) wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty wykonawcy **B..... C..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Cliardino B..... C..... ul. Welecka 4, 72-006 Mierzyn**, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp.

Wykonawca **B..... C..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Cliardino B..... C..... ul. Welecka 4, 72-006 Mierzyn**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniosła **22.01.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp;
- 2) uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp przez jego błędne zastosowanie tj. wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, pomimo że wobec odwołującego nie zachodzi przesłanka przewidziana w tym przepisie;
- 2) art. 7 ust. 1 i 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie przedstawienia uzasadniania faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności uznania oferty odwołującego za odrzuconą;
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa THOMAS sp. z o.o. z siedzibą w Mierzynie, ul. Lubieszynońska 34, 72-006 Mierzyn jako najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Argumentacja odwołującego

17 stycznia 2014 r. odwołujący został zawiadomiony o wykluczeniu z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp**. W zawiadomieniu zamawiający przywołał wyłącznie treści przepisu ustawy nie przedstawiając uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Dowód: pismo zamawiającego z 17 stycznia 2014 r.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, bo czynność zamawiającego narusza przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący w ostatnich latach realizował i realizuje szereg umów zawartych z zamawiającym w trybie ustawy. W związku z brakiem uzasadnienia prawnego i faktycznego wykluczenia z udziału w postępowaniu odwołujący może się jedynie domyślać, że podstawę faktyczną takiego rozstrzygnięcia stanowi oświadczenie z 9 grudnia 2013 r. o odstąpieniu od umowy nr WZ/lz/60/2013 r. z 8 listopada 2013 r. na realizację zadania pn. „Pielęgnacja wycinka i nasadzenia drzew i krzewów na terenie Gminy Miasto Szczecin administrowanych przez Wydział Gospodarki Nieruchomościami i ZBILK w Szczecinie” z powodu „wycinki niewłaściwego drzewa bez decyzji administracyjnej zezwalającej na jego wycinkę”.

Dowód:

umowa nr WZ/lz/60/2013;

pismo z 9 grudnia 2013 r.

W § 5 ust. 3 wyżej wskazanej umowy przewidziano uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od umowy, jeżeli „wykonawca realizuje przedmiot umowy niezgodnie z umową”.

W orzecznictwie utrwalone jest już stanowisko, że przesłanką umownego zastrzeżenia odstąpienia od umowy jest określenie terminu, w którym może to nastąpić, co stosuje się do

każdego wypadku takiego zastrzeżenia (wyrok SN z 6 maja 2004 r., II CK 261/03. niepubl.) Przesłanką umownego zastrzeżenia odstąpienia od umowy jest określenie terminu, w którym może to nastąpić, co stosuje się do każdego wypadku takiego zastrzeżenia. Brak stosownej wzmianki w umowie wyklucza możliwość przyjęcia, że strony zastrzegły umowne prawo odstąpienia (wyrok SN z 13 czerwca 2013 r., V CSK 668/12).

W związku z faktem, że wyżej wskazana umowa nie określa terminu w jakim zamawiający będzie uprawniony do odstąpienia od umowy, zastrzeżenie prawa odstąpienia jest w świetle treści **art. 395 Kc w zw. z art. 58 § 1 i 3 Kc** nieważne, a co za tym idzie oświadczenie zamawiającego o dostąpieniu do umowy jest bezskuteczne.

Oświadczenie zamawiającego o odstąpieniu od umowy jest bezskuteczne również z uwagi na inne okoliczności.

Bezsporne jest, że zamawiający złożył wyżej opisane oświadczenie. Po otrzymaniu oświadczenia zamawiającego, odwołujący (pismem z 12 grudnia 2013 r.) udzielił odpowiedzi wskazując na bezskuteczność oświadczenia.

Bezsporne jest, że doszło do wycinki drzewa na działce nr 10 obrębu 1064. Problem jednak w tym, że doszło do tej wycinki bez winy wykonawcy.

Drzewa przeznaczone do wycinki były oznaczane w obecności przedstawiciela zamawiającego. Jak wynika z dokumentacji fotograficznej przesłanej zamawiającemu przedmiotowe drzewo zostało oznaczone jako przeznaczone do wycinki.

Oznaczenie drzewa jako przeznaczonego do wycinki w powiązaniu z faktem, że jest to wierzba (która nie jest gatunkiem wartościowym a poza tym kwalifikowała się do wycinki) oraz faktem, że została wydana decyzja administracyjna zezwalająca na wycinkę wierzby na działce nr 10 obrębu 1064, a żadne inne drzewo na tej działce nie zostało oznaczone jako przeznaczone do wycinki, prowadzi do wniosku, że pracownicy wykonawcy nie mieli podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie. Z tego względu do wycięcia drzewa doszło na skutek okoliczności, z które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Zlecenie usunięcia drzewa na działce nr 10 obrębu 1064 nie zostało dokonane w ramach umowy nr Wz/Iz/60/2013 z 8 listopada 2013 r., ale w ramach umowy nr WZ/Iz/06/2013, którą na dzień złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy została wykonana w całości. Zlecenie to zostało przekazane w lipcu 2013 r. a więc jeszcze przed zawarciem umowy z 8 listopada 2013 r. i nawet w przypadku jego nienależytego wykonania (co jak już wcześniej wskazano wykonawca kwestionuje) nie zachodzą podstawy do odstąpienia od umowy z 8 listopada 2013 r.

Zamawiający dwukrotnie zlecał wykonanie prac w ramach umowy z 8 listopada 2013 r., przy czym zlecenie z 14 listopada 2013 r. dotyczyło prac w ramach obu wyżej wskazanych umów. W żadnym z tych zleceń nie zostało ujęte drzewo na działce nr 10 obrębu 1064.

Dowód:

Pismo z 12 grudnia 2013 r. wraz z załącznikami.

Umowa nr WZ/lz/06/2013.

Protokół odbioru prac z 10 stycznia 2014 r.

Zlecenie z 14 listopada 2013 r.

Zlecenie z 29 listopada 2013 r.

Kosztorys powykonawczy.

Przesłuchanie w charakterze świadka T..... C..... (wezwanie na adres odwołującego).

Przesłuchanie w charakterze świadka T..... C..... (wezwanie na adres odwołującego).

Przesłuchanie w charakterze świadka W..... S..... (wezwanie na adres odwołującego) na okoliczność przyczyn i okoliczności wycięcia wierzby na działce nr 10 obrębu 1064, braku winy i rażącego niedbalstwa po stronie wykonawcy, faktu, że zlecenie wycinki drzewa na działce 10 obrębu 1064 i jego wycinka nie nastąpiły w ramach umowy nr WZ/lz/60/2013, braku podstaw do odstąpienia od umowy WZ/lz/60/2013, zakresu wykonania umowy WZ/lz/06/2013 przez odwołującą.

Zgodnie z **art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp** z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

W świetle wyroku ETS, zamawiający każdorazowo zobowiązany jest badać wystąpienie indywidualnych okoliczności niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę, stanowiących podstawę wykluczenia wykonawcy. Ponadto wykluczenie wykonawcy możliwe jest w przypadku, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy przez wykonawcę spowodowane jest stwierdzonym przez zamawiającego, co najmniej rażącym niedbalstwem wykonawcy. W rozpoznawanej sprawie taka podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania nie wystąpiła z przyczyn wyżej wskazanych.

Odwołujący dołożył należytej staranności w celu wykonania zamówienia i dokonał wycinki drzewa, które zostało oznaczone jako przeznaczone do wycinki. Podkreślić przy tym należy, że wykluczając odwołującego zamawiający nie badał stopnia zawinienia odwołującego przy niewykonaniu zamówienia, a zgodnie z wyrokiem ETS-u okoliczność ta ma istotne znaczenie dla ustalenia, czy zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie **art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp**.

Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że zamawiający współpracował z odwołującym przy wykonaniu innych zamówień i swojej ocenie jakości prac wykonywanych przez odwołującego dawał wyraz w wystawianych referencjach. Trudno więc uznać, aby odwołujący nie był starannym kontrahentem i aby świadomie dążył do niewykonania zamówienia.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem judykatury uzasadnienie faktyczne czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu wykonawcy powinno zawierać wskazanie faktów, które zamawiający uznał za udowodnione, mające jednoznacznie potwierdzać, że odstąpienie umowy było zasadne i wynikało wyłącznie z winy odwołującego, a nadto potwierdzające, że wykonawca realizując umowę dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego, a nie tylko braku solidności w działaniu.

Natomiast uzasadnienie prawne powinno oprócz przytoczenia przepisów prawa zawierać także wyjaśnienie zastosowanej podstawy prawnej, zarówno do odstąpienia od umowy, jak i możliwości odniesienia tej sytuacji do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o **art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp**, przy równoczesnym uwzględnieniu, że wskazane tam przesłanki wykluczenia muszą zaistnieć kumulatywnie.

Podjmując decyzję o wykluczeniu, zamawiający podając uzasadnienie faktyczne i prawne powinien mieć na względzie **art. 6 Kc**, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

W przypadku wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty ciężar udowodnienia zasadności podjętych czynności w tym zakresie, spoczywa na zamawiającym. **Art. 6 Kc**, wskazujący na kim spoczywa ciężar udowodnienia faktu, należy rozumieć nie tylko, jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (podobnie SN w uzasadnieniu wyroku z 7 listopada 2007 r. sygn. akt II CSK 293/07).

Natomiast omawiane zawiadomienie o wykluczeniu praktycznie pozbawione jest takich uzasadnień. Wagę obowiązków zamawiającego w tym zakresie potwierdza **art. 45 ust. 2 lit d dyrektywy klasycznej**, zgodnie z którym **z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego udowodnionego przez instytucje zamawiające.**

Tak więc to zamawiający obowiązany jest do wykazania, że odwołujący w ogóle naruszył umowę nr WZ/Iz/60/2013, że uczynił to w sposób zawiniony, że zamawiający skutecznie odstąpił od tej umowy oraz że wartość niewykonanego zamówienia przekracza 5% wartości tej umowy.

Konkludując odwołujący stwierdza:

1) zamawiający nie przedstawił uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania;

2) umowa nr WZ/lz/60/2013, na odstąpienie od której powołuje się zamawiający nie zawiera ważnego postanowienia umożliwiającego mu odstąpienie od umowy;

3) zlecenie, którego wykonanie było przyczyną złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy nr Wz/lz/60/2013 nie było realizowane w ramach tej umowy, ale umowy nr WZ/lz/06/2013, która odwołujący wykonał niemal w całości, a niewykonanie prawidłowej wycinki drzewa na działce nr 10 stanowiło nie więcej niż 1% zamówienia;

4) wycięcie przedmiotowego drzewa nie było spowodowane poważnym przekroczeniem zawodowym odwołującego i nastąpiło w sposób niezawiniony.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **21.01.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **23.01.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

27.01.2014 r. (poniedziałek) wykonawca Firma Handlowo-Usługowa THOMAS sp. z o.o. z siedzibą w Mierzynie, ul. Lubieszńska 34, 72-006 Mierzyn złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp). Pismo zostało złożone po upływie terminu 3 dni od powiadomienia o wniesieniu odwołania, czyli wykonawca nie mógł stać się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **05.02.2014 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp) i wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego (dowód nr 1) plik pism i fotografii wraz z załącznikami, z których zamawiający wywodzi naruszenie umowy 60/lz/2013 przez wycinkę spornego drzewa – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp – przez jego błędne zastosowanie tj. wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, pomimo że wobec odwołującego nie zachodzi przesłanka przewidziana w tym przepisie – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiającego i odwołującego łączyły dwie umowy z WZ/Iz/06/2013 z początku 2013 r. i WZ/Iz/60/2013 z 08.11.2013 r. Wobec wykonania umowy WZ/Iz/06/2013 cyt. z odwołania „nieomal w całości” strony zawarły nową umowę WZ/Iz/60/2013.

Celem zawarcia nowej umowy (na w zasadzie ten sam przedmiot i czas wykonani) nie jest kontynuowanie starej umowy, ale stosowanie nowej umowy do nowych zdarzeń. Z doświadczenia życiowego wynika, że stara umowa może być kontynuowana, jeżeli strony zawrą takie postanowienie w nowej umowie lub istnieją takie postanowienia w innym dokumencie między stronami. Istnienia takiego dokumentu nie wykazał odwołujący. W związku z tym skład orzekający Izby ustala, że należy przyjąć, że nowa umowa obejmuje wszystkie zdarzenia zaistniałe podczas obowiązywania nowej umowy, a więc po 8 listopada 2013 r. Tym bardziej takie przekonanie może się zrodzić wobec prawie całkowitego wykonania starej umowy, co stwierdził sam odwołujący bez wnikania w precyzyjniejsze obliczania zakresów zrealizowanej części umowy i część umowy pozostającej do spełnienia [cyt. **„umowy nr WZ/IŻ/06/2013, którą odwołująca wykonała niemal w całości” – pisownia oryginalna**].

Zamawiający zastosował się do przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, który brzmi, cyt. „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo

odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy”.

Skład orzekający Izby podkreśla, że do zastosowania tego przepisu, czyli wykluczenia wykonawcy, muszą zajść w rozpoznawanym przypadku łącznie 4 przesłanki:

- 1) zamawiający odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 2) powodem odstąpienia były okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca;
- 3) odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem nowego postępowania;
- 4) wartość niewłaściwie zrealizowanego [niezrealizowanego] zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Zamawiający prawidłowo zastosował się do przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, gdyż w rozpoznawanej sprawie wykluczenia odwołującego z postępowania zaistniały jednocześnie wszystkie czynniki ustanowione w tym przepisie:

Ad 1. Zamawiający odstąpił od umowy wystosowując do odwołującego 9 grudnia 2013 r. pismo informujące o odstąpieniu od umowy. Skład orzekający Izby stwierdza, że rozwiązanie, wypowiedzenie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub odstąpienie od takiej umowy, o czym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp, może zostać dokonane bez względu na zamieszczenie w umowie klauzuli o uprawnieniach do odstąpienia od umowy czy rozwiązania bądź wypowiedzenia umowy.

Ad 2. Powodem odstąpienia od umowy były okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność odwołujący, gdyż dokonał on samodzielnie identyfikacji drzewa i wyciął je. Odwołujący wskazywał na fakt, że to zamawiający oznakował wycięte drzewo, aby to ono podlegało wycięciu, jednak nie przedstawił na to dowodów, a przywołane kolejnych świadków nie byłoby niczym innym jak przeciwstawianiem słów zamawiającego przeciw słowom odwołującego. Natomiast z dokumentacji fotograficznej nie wynika, że na wyciętym drzewie (wierzba egzotyczna) istniał jakikolwiek znak. Ponadto z fotografii nie wynika, aby przedmiotowe drzewo było schorwane, miało konary mogące grozić złamaniem czy nawet w grudniu (termin wycięcia drzewa) nie miało liści.

Nawet w przypadku zlecenia do wycinki zdrowego drzewa, wykonawca powinien zareagować wskazując zamawiającemu na omyłkę czy żądając zlecenia na piśmie odnośnie drzewa, które nie ma oznak choroby czy zagrażania komukolwiek w jakikolwiek sposób.

Dlatego skład orzekający Izby stwierdza, że przyczyny odstąpienia od umowy leżą po stronie wykonawcy, który bez należytej staranności wybrał drzewo do wycięcia i wyciął je mimo braku po temu przesłanek (złe zidentyfikowanie miejsca, drzewo bez cech schorowania lub martwości oraz drzewo bez zagrażania jakiemukolwiek innemu dobru).

Ad 3. Odstąpienie od umowy nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem nowego postępowania, bo, jak stwierdza skład orzekający Izby, a strony to również przyznają, odstąpienie nastąpiło w 9 grudnia 2013 r., a nowe postępowanie zostało wszczęte 23 grudnia 2013 r., czyli odstęp czasowy między tymi dwoma wydarzeniami zawierał się w ciągu jednego miesiąca, a nie tylko 3 lat, jak stanowi przepis.

Ad 4. Skład orzekający Izby stwierdza, że umowa opiewała na kilka – kilkanaście drzew, a więc wycinka jednego drzewa to więcej niż wycięcie jednego drzewa z dwudziestu drzew, czyli 5%.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie przedstawienia uzasadniania faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego – nie miał wpływu ani nie mógł mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym Izba nie może uwzględnić odwołania na podstawie art. 182 ust. 2 Pzp, który brzmi, cyt. „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż odwołujący nie wykazał żadnego naruszenia tego przepisu przez zamawiającego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony i stwierdza, że przytoczone orzecznictwo nie przystaje do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

Członkowie

.....