

**WYROK**

**z dnia 6 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

**Protokolant:** **Magdalena Cwyl**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 października 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **22 września 2014 r.** przez wykonawcę **Z. S.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Drzewa, krzewy, rośliny ozdobne pielęgnacja terenów zielonych, mała architektura Z. S., ul. Klinowa 36, 43-600 Jaworzno**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Jaworzno - Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie, ul. Krakowska 9, 43-600 Jaworzno**,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Z. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Drzewa, krzewy, rośliny ozdobne pielęgnacja terenów zielonych, mała architektura Z. S., ul. Klinowa 36, 43-600 Jaworzno,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Z. S.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Drzewa, krzewy, rośliny ozdobne pielęgnacja terenów zielonych, mała architektura Z. S., ul. Klinowa 36, 43-600 Jaworzno** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od odwołującego **Z. S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **Drzewa, krzewy, rośliny ozdobne pielęgnacja terenów zielonych, mała architektura Z. S., ul. Klinowa 36, 43-600 Jaworzno**, na rzecz zamawiającego **Miasta Jaworzno - Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie, ul. Krakowska 9, 43-600 Jaworzno**

kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 1939/14**

## **Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Czyszczenie, udroźnienie, konserwacja urządzeń odwadniających i kanalizacji deszczowej w pasach drogowych miasta Jaworzna w 2014 roku”; (Biuletyn Zamówień Publicznych z 20.08.2014, numer ogłoszenia 277356 - 2014), w dniu 22 września 2014 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Z. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Drzewa, krzewy, rośliny ozdobne pielęgnacja terenów zielonych, mała architektura Z. S.” z siedzibą w Jaworznie, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 17 września 2014 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu z dnia 15 września 2014 r. o wyniku przetargu, w tym o wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Odwołanie dotyczy niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego, polegających na:

1. wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalatorstwa Gazowego i Sanitarnego J. B.” z siedzibą w Jaworznie;
2. wykluczeniu odwołującego z postępowania;
3. prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiającemu: Miastu Jaworzno - Miejskiemu Zarządowi Dróg i Mostów w Jaworznie odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, tj. art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust 1 pkt 1 a, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalatorstwa Gazowego i Sanitarnego J. B.” z siedzibą w Jaworznie;
- 2) powtórzenia czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez Z. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Drzewa, krzewy, rośliny ozdobne pielęgnacja terenów zielonych, mała architektura z siedzibą w Jaworznie,
- 3) ewentualnie - powtórzenia czynności ponownej oceny ofert i wezwanie odwołującego do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, odpowiedzialnych za

kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;

- 4) ponadto, wnosił o zasądzenie od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego fachowego pełnomocnika.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że faksem z dnia 15 września 2014 r., zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalatorstwa Strona Gazowego i Sanitarnego J. B.” z siedzibą w Jaworznie oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp i o odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący podnosił, że w ten sposób został naruszony jego interes prawny, bowiem gdyby zamawiający postępował zgodnie z ustaloną przez siebie w SIWZ procedurą przetargu oraz zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to odwołujący uzyskałby do wykonania przedmiotowe zamówienie, co wynika z załączonego do pisma o wyborze najkorzystniejszej oferty streszczenia oceny i porównania dwóch złożonych ofert, stanowiącego, że odwołujący złożył ofertę z ceną 84 577,37 brutto, a J. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalatorstwa Gazowego i Sanitarnego J. B.” – z ceną 97 400,06 zł brutto. Nadto, według odwołującego został naruszony interes publiczny, albowiem zamawiający, jako jednostka sektora publicznego - mająca obowiązek stosowania ustawy Pzp - doprowadził do wyboru wykonawcy, który w istocie nie złożył najkorzystniejszej oferty.

W związku z przedstawionymi w *petitum* odwołania zarzutami natury merytorycznej odwołujący zaprzeczał jednocześnie twierdzeniom zamawiającego w powiadomieniu z dnia 15 września 2014 r. odnośnie okoliczności dotyczących przetargu publicznego na „Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urzędzonej rosnącej w pasach drogowych na drogach administrowanych przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie w 2014 r.”

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający zawarł z nim, tj. Z. S. w 21 marca 2014 r. umowę nr MDiM.SA.272.9.2014, którą to umowę zamawiający na podstawie § 10 ust. 1 przywołanej umowy rozwiązał z dniem 11 lipca 2014 r. z powodu ziszczenia się warunku rozwiązującego umowę, to jest po pisemnym upomnieniu wykonawcy po raz trzeci z tytułu nieterminowego wykonywania usługi w stosunku do określonych standardów, stwarzających zagrożenie bezpieczeństwa.

Odwołujący zaznaczał, że w dniu 9 lipca 2014 r. zgodnie z art. 750 K.c. w zw. z art. 746 § 2 K.c. pierwszy rozwiązał umowę nr MZDIM.SA.272.9.2014 z dnia 21 marca 2014 r. z

zamawiającym, w drodze wypowiedzenia z przyczyn leżących pod stronie zamawiającego, polegających w szczególności na:

- a) nieudzieleniu wykonawcy w odpowiednim terminie potrzebnych wiadomości dotyczących faktycznego zakresu prac, kolejności oraz terminów realizacji prac, co naraziło wykonawcę na rażącą stratę, a także uniemożliwiło realizację prac w terminie wskazanym przez zamawiającego;
  - b) przekazaniu wykonawcy pasów drogowych administrowanych przez MZDIM w Jaworznie w takim terminie, że uniemożliwiało to realizację prac w terminie wskazanym przez zamawiającego (tj. w dniu 5 maja br., podczas gdy powinno to nastąpić co najmniej miesiąc wcześniej);
  - c) konieczności przeprowadzenia przez wykonawcę prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych, będących podstawą wyliczenia wynagrodzenia (np. koszenie parkingów, miejsc postojowych, placu przed kościołem);
  - d) konieczności wywożenia trawy po skoszeniu danego terenu do siedziby wykonawcy z powodu braku zapewnienia przez zamawiającego odpowiedniego miejsca docelowego;
- jak również zakwestionował naliczone przez zamawiającego kary umowne za rzekome opóźnienia w realizacji umowy.

- Dowód: 1. Umowa nr MZDIM.SA.272.9.2014 z dnia 21 marca 2014 r.;
2. Wypowiedzenie umowy zlecenia przez odwołującego z dnia 09.07.2014 r.

W odpowiedzi na powyższe wypowiedzenie zamawiający następnego dnia, tj. 10 lipca 2014 r. skierował do odwołującego upomnienie, a następnie w dniu 11 lipca 2014 r. wystosował kolejne upomnienie i uznając wypowiedzenie umowy przez odwołującego w dniu 9 lipca 2014 r. za nieskuteczne, rozwiązał z dniem 11 lipca 2014 r. umowę nr MZDIM.SA.272.9.2014 z dnia 21 marca 2014 r.

- Dowód: 1. Pismo zamawiającego z dnia 10.07.2014 r.;
2. Pismo zamawiającego z dnia 11.07.2014 r.

W związku z powyższym, odwołujący pismem z dnia 16 lipca 2014 r. odniósł się do twierdzeń zamawiającego, podnosząc, iż zarówno przyjmujący zlecenie jak i dający mogą wypowiedzieć umowę w każdym czasie. Kodeks cywilny nie nakłada tutaj na strony żadnych ograniczeń. Możliwość taka istnieje zarówno na początku obowiązywania umowy jak i w każdym momencie jej trwania. Wypowiedzenie nie jest jedynie dopuszczalne w przypadku, gdy zlecenie zostało już przez zleceniobiorcę wykonane oraz przy zleceniu stałym, które zawarto na czas określony, gdy upłynął już zapisany w umowie czas istnienia zobowiązania. Ustawodawca nie przewidział również żadnego okresu wypowiedzenia. Można, zatem

rozwiązać umowę nawet, mówiąc potocznie z dnia na dzień. Strony, które chcą w przypadku ewentualnego wypowiedzenia, skorzystać z określonego okresu wypowiedzenia, powinny taką regulację umieścić w treści samej umowy. W omawianej umowie takie ograniczenie wypowiedzenia zlecenia nie zostało jednak przez strony przewidziane.

Jednocześnie odwołujący podniósł, że niedopuszczalne jest całkowite wykluczenie możliwości rozwiązania umowy za wypowiedzeniem przez jedną ze stron. Zgodnie, bowiem z art. 746 K.c. nie można zrzec się z góry uprawnienia do wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów.

W związku z powyższym, w ocenie odwołującego fakt zawarcia spornej umowy na czas oznaczony nie może uzasadniać odmówienia wykonawcy, jako przyjmującemu zlecenie uprawnienia do wypowiedzenia tej umowy w każdym czasie z ważnych powodów. Jak bowiem wynika z uregulowań zawartych w Kodeksie cywilnym, zarówno dający zlecenie jak i je przyjmujący mogą wypowiedzieć zawartą między nimi umowę. Ustawodawca nie przewidział w tej kwestii żadnego rozróżnienia w odniesieniu do umowy zawartej na czas określony lub nieokreślony. Zatem czego ustawa nie rozróżnia należy traktować w taki sam sposób. Mimo że zasadą jest, iż umów terminowych nie można wypowiedzieć, ustawodawca dopuszcza takie wypowiedzenie w stosunku do zawartej umowy zlecenia niezależnie od jej rodzaju.

Przekładając powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, odwołujący stwierdził, że jego wypowiedzenie umowy zlecenia z dnia 9 lipca 2014 r. nr MZDIM.SA.272.9.2014 z dnia 21 marca 2014 r. z ważnych powodów - było ważne ze skutkiem natychmiastowym.

Wobec tego, odwołujący uznał doręczone mu upomnienia z dnia 10 lipca i 11 lipca 2014 r. za bezskuteczne, jako złożone już po rozwiązaniu umowy łączącej strony w drodze wypowiedzenia przez odwołującego zlecenie z ważnych powodów. Z tych względów zdaniem odwołującego - oświadczenie zamawiającego o rozwiązaniu z dniem 11 lipca 2014r. nr MZDIM.SA.272.9.2014 z dnia 21 marca 2014 r. nie odniosło żadnego skutku prawnego, albowiem na dzień jego doręczenia odwołującemu, tj. w dniu 14 lipca 2014 r. okazało się bezprzedmiotowe na skutek rozwiązania umowy w drodze wypowiedzenia umowy przez odwołującego z dniem 9 lipca 2014 r.

Odwołujący zaznaczał, że pismem z dnia 28 lipca 2014 r. odmówił przyjęcia not księgowych, które skierował do niego zamawiający.

- Dowód: 1. Pismo odwołującego z dnia 16.07.2014 r.;
2. Pismo odwołującego z dnia 28.07.2014 r.

Odwołujący przytoczył treść art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Biorąc pod uwagę przedstawiony powyżej stan faktyczny, wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na zadanie pn. „Czyszczenie, udroźnienie, konserwacja urządzeń odwadniających i kanalizacji deszczowej w pasach drogowych miasta Jaworzna w 2014 roku”, według odwołującego stanowiło niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, albowiem to odwołujący już w dniu 9 lipca 2014 r. skutecznie rozwiązał z zamawiającym umowę nr MZDIM.SA.272.9.2014, a kolejne czynności (pisma) zamawiającego po tym fakcie były już pozbawione doniosłości prawnej, dlatego powoływanie się przez zamawiającego na art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp - nie znajduje żadnego uzasadnienia w takim stanie sprawy.

Tym samym, odwołujący podtrzymał zarzut, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym powinien wezwać odwołującego, który jego zdaniem nie złożył wymaganych oświadczeń lub dokumentów, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Okoliczności sprawy uzasadniały, bowiem wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, natomiast nie usprawiedliwiały odrzucenie jego oferty w powodu wykluczenia.

Odwołujący przytoczył poglądy, że zasada równego traktowania oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w ofercie, nie zaś innej wiedzy zamawiającego.

W ocenie odwołującego - dokonanie przez zamawiającego czynność wyboru oferty wykonawcy J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalatorstwa Gazowego i Sanitarnego J. B.” rażąco narusza przepisy ustawy Pzp, w tym w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 poprzez uchybienie zasadzie uczciwej konkurencji, bowiem gdyby odwołujący

nie wypowiedział w dniu 9 lipca 2014 r. umowy nr MZDIM.SA.272.9.2014 z dnia 21 marca 2014 r. przez co „naraził się zamawiającemu”, a zamawiający w sposób prawidłowy ocenił treść dokumentów złożonych przez odwołującego - winien wybrać jego ofertę, jako najkorzystniejszą ze względu na oferowaną cenę, ewentualnie - wezwać go do uzupełnienia dokumentów. W przypadku, bowiem prawidłowej oceny złożonych (zgodnie z prawem) dokumentów, to oferta odwołującego winna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza w przetargu na zadanie pn. „Czyszczenie, udroźnienie, konserwacja urządzeń odwadniających i kanalizacji deszczowej w pasach drogowych miasta Jaworzna w 2014 roku”.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Postępowanie jest prowadzone w procedurze poniżej progów wartościowych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, jednakże dotyczy wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, zatem jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 września 2014 r. przystąpienia do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ust. 2 i 3 Pzp nie zgłosił żaden wykonawca.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 października 2014 r. powtórzył uzasadnienie podane w powiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz przytoczył następującą argumentację.

Umowa z 21 marca 2014 r. na utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej, rosnącej w pasach drogowych, administrowanych przez MZDIM w 2014 r. miała *de facto* charakter umowy o dzieło. Na taki charakter tej umowy wskazuje, przede wszystkim jej przedmiot; wynagrodzenie kosztorysowe oparte o kosztorys ofertowy wykonawcy oraz cel umowy, osiągnięcie zakładanych rezultatów, co potwierdzały zapisy umowy odnoszące się do odbiorów ilościowych i jakościowych. Umowa z dnia 21 marca 2014 r. miała charakter terminowy, była zawarta do 31 października 2014 r., lub do wyczerpania kwoty podanej na otwarciu ofert na realizację i zdaniem zamawiającego nie dopuszczalne było rozwiązanie jej przez odwołującego. Zamawiający wskazywał, że twierdzenia odwołującego o tym, że wzywał zamawiającego do współpracy są gołosłowne, ponieważ wykonawca nie przedstawił na to dowodów w formie pisemnej. Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko, że wypowiedzenie umowy w dniu 9 lipca br. przez odwołującego było bezskuteczne, wykonawca zastosował przepisy dotyczące umowy zlecenia, a według zamawiającego przepisy K.c. art. 734, art. 746, art. 750 nie miały zastosowania w niniejszym stanie faktycznym. Zostały wyłączone przez paragraf 10 umowy stron. W ocenie zamawiającego gdyby nawet znajdowały zastosowanie przepisy dotyczące umowy zlecenia, to i tak nie zachodziły żadne ważne powody do rozwiązania tej umowy, a w szczególności wskazywane

przez odwołującego w punktach: a),b),c),d) odwołania. Odnosząc się do punktu a),b)c) zamawiający podał, że Opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony w załącznikach – odnośnie sposobu wykonania zamówienia i jego zakresu rzeczowego. Zamawiający podnosił, że wykonawca nie kwestionował wyznaczonych warunków na etapie ogłoszenia i udostępnienia specyfikacji. Zamawiający wyjaśniał, że poprzednie postępowanie również było o wartości poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W załączniku nr 1 do zlecenia wg załącznika 4 był wyznaczony harmonogram ze wskazaniem lokalizacji konkretnych prac do wykonania. Jeżeli parkingi leżały w pasie drogowym, zamawiający był uprawniony do tego, aby zlecić ich utrzymanie w zakresie zieleni. Wykonawca pokwitował otrzymywane zlecenia i nie kwestionował zakresu wyznaczonych tymi zleceniami prac. Nigdzie nie był określony termin, w którym pasy drogowe mają być przekazane (generalnie). Prace miały być realizowane według bieżących potrzeb zamawiającego- zapotrzebowanych w oparciu o zlecenia przekazywane wykonawcy. Odnośnie zarzutu d) zamawiający zaznaczał, że w przedmiarze była podana ilościowa pozycja odwożenia trawy, jednakże ze względu na charakter wynagrodzenia kosztorysowego w oparciu na obmiar z natury, te dane miały charakter orientacyjny, dla wyliczenia porównywalnych cen ofert. Zamawiający zwracał uwagę na warunki SIWZ oraz umowy, że gdyby faktycznie zapotrzebowany zakres robót był większy, doszło by do wyczerpania kwoty, którą zamawiający dysponował na ten cel, i to jeszcze przed upływem terminu, na który została zawarta umowa tj. do 31 października br. i tym samym umowa by została rozwiązana zgodnie z warunkami umownymi. Zamawiający podnosił, że skoro wykonawca opóźniał się z poszczególnymi pracami np. w zakresie wykaszania traw - to powodowało, iż wzrost tych traw był większy. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, że rozwiązanie umowy przez odwołującego było bezskuteczne, natomiast skuteczne było rozwiązanie umowy przez zamawiającego w oparciu o paragraf 10 ust. 1 tej umowy. Skoro doszło do opóźnień w wykonywaniu prac, zamawiający był upoważniony do tego, żeby wystawić wykonawcy upomnienia, i w ich następstwie rozwiązać umowę bez wypowiedzenia. Mając powyższe na uwadze, przy uwzględnieniu również, że wartość niewykonanej umowy wynosiła 60,2% zamawiający podnosił, że miał obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp i nie było to podyktowane jego złą wolą, ale obligatoryjnym przepisem.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, umowy nr MZDIM.SA.272.9.2014 z dnia 21 marca 2014 r. na „Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej rosnącej w pasach drogowych na drogach administrowanych przez Miejski

Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie w 2014 r.,” dokumentacji dotyczącej realizacji tej umowy (zleceń, protokołów odbioru prac,), korespondencji stron.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy.

Izba postanowiła nie dopuścić dowodu wnioskowanego przez odwołującego z przesłuchania w charakterze świadka p. T. S. na okoliczność zarzucanej nieterminowości realizacji umowy, gdyż powyższe okoliczności potwierdzają dokumenty podpisane ze strony odwołującego.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

SIWZ. Przedmiot zamówienia stanowi „Czyszczenie, udroźnienie, konserwacja urządzeń odwadniających i kanalizacji deszczowej w pasach drogowych miasta Jaworzna w 2014 roku”. W ogłoszeniu o zamówieniu nr 277356 – według podanych kodów CPV oznaczone ono zostało, jako „roboty budowlane”.

Kryterium oceny ofert została ustanowiona najniższa cena.

Oferty złożyło 2 wykonawców.

Oferta odwołującego zawierała najniższą cenę - 84 577,37 brutto.

Zamawiający powiadomił w dniu 15.09.2014 r., że wybrał ofertę wykonawcy J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalatorstwa Gazowego i Sanitarnego J. B.” – z cenę 97 400,06 zł brutto.

Jednocześnie poinformował o wykluczeniu odwołującego z postępowania i o odrzuceniu jego oferty. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił powyższą czynność.

*„Informacja o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z przedmiotowego postępowania oraz których oferty zostały odrzucone.*

*1/ Drzewa, krzewy, ogrody Pielęgnacja terenów zielonych S. Z., 43-600 Jaworzno ul. Klinowa 36. Uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia:*

*1. Art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 984, 1047, 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915), który stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę z którym Zamawiający rozwiązał umowę w sprawie zamówienia publicznego.*

*Podczas procedury badania ofert Komisja Przetargowa stwierdziła, iż:*

*- oferta została złożona przez Wykonawcę, z którym Zamawiający rozwiązał umowę w sprawie zamówienia publicznego (nr postępowania SA.271-9/2014) w przedmiocie*

zamówienia: "Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej rosnącej w pasach drogowych na drogach administrowanych przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie w 2014 r." z powodu okoliczności za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1a) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2013 r. poz. 984, 1047, 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811 i 915) Zamawiający ma obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia publicznego, jeżeli rozwiązanie, 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 wyniku rozstrzygnięcia przetargu publicznego w przedmiocie zamówienia na "Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej rosnącej w pasach drogowych na drogach administrowanych przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie w 2014 r." Zamawiający zawarł z Wykonawcą w dniu 21 marca 2014 r. umowę nr MZDIM.SA.272.9.2014, którą to zamawiający na podstawie § 10 ust.1 przywołanej umowy rozwiązał z dniem 11 lipca 2014r. z powodu ziszczenia się warunku rozwiązującego umowę, to jest po pisemnym upomnieniu wykonawcy po raz trzeci z tytułu nieterminowego wykonywania usługi w stosunku do określonych standardów stwarzając zagrożenie bezpieczeństwa (co zostało ujęte w protokołach odbioru jakościowego). Wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła 60,2%. Wobec powyższego zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę (biorąc pod uwagę również wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/1, który został wydany w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) z toczącego się postępowania gdyż, okoliczności rozwiązania z nim umowy były następstwem poważnego - wykroczenia zawodowego popełnionego przez niego, w szczególności nie wykonywania przez niego zamówienia wskazujące na jego zamierzone działanie i rażące niedbalstwo.

2. Art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 984, 1047, 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811 i 915), który stanowi, iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z cz. V ust.1 pkt 4) SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał się dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – tj.: Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał się dysponowaniem - 1 osoba odpowiedzialna za prowadzenie robót - kierownikiem robót z uprawnieniami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych.

Zgodnie z cz. VI ust. 1 pkt 5) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego przez

Zamawiającego w cz. V ust. 1 pkt 4) SIWZ dołączył wykaz osób po stronie Wykonawcy, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (Załącznik nr 6 SIWZ). Wykonawca powinien wykazać, iż spełnia warunek określony w cz. V ust. 1 pkt 4) SIWZ. Podczas procedury badania ofert Komisja Przetargowa stwierdziła, iż:

- w wykazie osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ Wykonawca w tabeli nr 1. kierownik robót: w kolumnie nr 5 „Posiadane uprawnienia - Zakres, wpisał BUDOWLANE, w kolumnie nr 6 Specjalność wpisał KONSTRUKCYJNO-BUDOWLANA.

*Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia:*

Art. 89 ust, 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 984, 1047, 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811 i 915), który stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 954, 1047, 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 311 i 915) zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp, lub którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia i dokumenty o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

*W świetle powyższego Zamawiający nie wezwał wykonawcy: Drzewa, krzewy, ogrody Pielęgnacja terenów zielonych S. Z., 43-600 Jaworzno ul. Klinowa 36 do uzupełnienia wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, gdyż Wykonawca został wykluczony z postępowania na podst. art. 24 ust 1 pkt 1a, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą.”*

Izba ustaliła, że w postępowaniu nr SA.271-9/2014 w przedmiocie zamówienia: "Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej rosnącej w pasach drogowych na drogach administrowanych przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie w 2014 r.", ogłoszonego jako zamówienie na usługi - została wybrana oferta odwołującego i strony zawarły umowę dniu 21 marca 2014 r. nr MZDIM.SA.272.9.2014, o postanowieniach, między innymi jak niżej.

„Przedmiot umowy § 1

W wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047, 1473) strony zawierają umowę następującej treści:

1. Zamawiający powierza, a Wykonawca przyjmuje do wykonania usługę pn.: „Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej, rosnącej w pasach drogowych administrowanych przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie w 2014 roku”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2 do niniejszej umowy.

2. Prace związane z utrzymaniem zieleni przydrożnej innej niż urządzonej rosnącej w pasach drogowych administrowanych przez MZDiM w Jaworznie będą realizowane zgodnie z (...):

9) załącznikiem Nr 1 do niniejszej umowy: ofertą Wykonawcy,

10) załącznikiem Nr 2 do niniejszej umowy: szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie utrzymania zieleni przydrożnej innej niż urządzonej, rosnącej w pasach drogowych administrowanych przez MZDiM w Jaworznie w 2014 roku,

11) załącznikiem nr 3 do niniejszej umowy: zbiorcze rozliczenie usług (harmonogram – karta zleceń/odbioru prac określających każdorazowo szczegółowy zakres, ich szacunkową wartość, lokalizacje oraz terminy realizacji),

12) załącznikiem nr 4 do niniejszej umowy: wzór Protokołu odbioru jakościowego.

1. Usługę nazywa się w dalszej części umowy - „utrzymanie zieleni niskiej”.

Obowiązki Wykonawcy § 2

1. W związku z realizacją niniejszej umowy przez cały okres jej obowiązywania Wykonawca zobowiązany jest do:

1) Wykonywania przedmiotu umowy zgodnie ze wskazówkami Zamawiającego, zgodnie z terminami agrotechnicznymi, technologią i zasadami sztuki ogrodniczej, Zakres prac do wykonania przez Wykonawcę będzie ustalony w formie pisemnej zgodnie z załącznikiem nr 3 do niniejszej umowy - zbiorcze rozliczenie usług (harmonogram - karta zleceń/odbioru prac określających każdorazowo szczegółowy zakres, ich szacunkową wartość, lokalizację oraz terminy realizacji), ustalony i potwierdzony (každorazowo) pomiędzy upoważnionym przedstawicielem Zamawiającego, a upoważnionym przedstawicielem Wykonawcy (...).

3) Bieżącego informowania Zamawiającego o postępie wykonywanych prac określonych w zbiorczym rozliczeniu usług, o wszelkich zagrożeniach dla realizacji jego zakresu rzeczowego, w celu weryfikacji i ich odbioru przez Zamawiającego.

4) Zgłaszania się do Zamawiającego ze zbiorczym rozliczeniem usług (harmonogramem – karta zleceń/odbioru usług - wykonanych - odbiór jakościowy),

oraz 3. Wykonawca przedłoży Zamawiającemu w terminie 7 dni od daty zawarcia niniejszej umowy kserokopie dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca posiada podpisaną umowę z instalacją regionalną lub zastępczą instalacją (w regionie zachodnim województwa małopolskiego zgodnie z zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla województwa małopolskiego na odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji na czas świadczenia usług objętych niniejszą umową (dokumenty winny zostać poświadczony za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę lub osobę przez niego upoważnioną. W przypadku nie przedłożenia Zamawiającemu dokumentów wymienionych w niniejszym ustępie Zamawiający ma prawo odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w rozumieniu § 9 ust. 3 niniejszej umowy. [strony zgodnie przyznały, że odwołujący dysponuje własną instalacją zastępczą do zagospodarowania odpadów. Została podana w ofercie jednostkowa stawka za wywóz 1m<sup>3</sup> trawy, a rozliczenie w tym elemencie miało również następować w oparciu o faktyczny wykonany zakres. Nie było ustalonego limitu odbioru trawy.]

„§ 5 ust. 3. Odbiór jakościowy dokonywany będzie przez Przedstawicieli obu Stron przy czym przez Przedstawicieli Stron rozumie się: (...).

5. Każdorazowo w trakcie odbioru jakościowego, o którym mowa w § 5 ust. 3, Strony zobowiązane są do sporządzenia Protokołu odbioru, (którego wzór stanowi Załącznik nr 4 do niniejszej umowy). W protokołach odbioru będą uwzględniane wszelkie uwagi i zastrzeżenia Zamawiającego oraz stanowisko Wykonawcy. Strony zgodnie ustalają, iż treść podpisanych w dniu przeprowadzenia odbioru Protokołów odbioru wraz z wszelkimi załącznikami będzie podstawą do nałożenia na Wykonawcę kar umownych. W przypadku niestawienia się na odbiór jakościowy lub nie podpisania przez Przedstawiciela Wykonawcy, o którym mowa w ust. 3 pkt. 1, protokołu odbioru strony postanowiły, iż wiążącym i stanowiącym podstawę do nałożenia na Wykonawcę kar umownych uznaje się stanowisko Zamawiającego przedstawione w protokole odbioru.

6. W przypadku nałożenia kary zgodnie § 9 niniejszej umowy Zamawiający wezwie Wykonawcę w formie noty księgowej o zapłatę należności na wskazane konto bankowe. Wykonawca zobowiązuje się do uiszczenia należności wynikającej z noty księgowej w terminie 14 dni na konto Zamawiającego od daty doręczenia. W przypadku braku zapłaty ww. terminie Zamawiający skieruje sprawę na drogę postępowania sądowego,

*Okres realizacji umowy § 6. Przedmiot zamówienia realizowany będzie systematycznie od dnia podpisania umowy zgodnie z bieżącym zapotrzebowaniem Zamawiającego do 31 października 2014 roku lub do wyczerpania kwoty przewidzianej na jego realizację.*

*Wynagrodzenie i warunki płatności § 7.*

*1. Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia będzie wynagrodzenie kosztorysowe (iloczyn ceny jednostki i ilości).*

*Kary umowne § 9*

*1. Obowiązującą formą odszkodowania uzgodnioną między stronami będą kary umowne.*

*2. Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty Zamawiającemu kar umownych w następujących przypadkach:*

*1) każdorazowo za niestawienie się Wykonawcy do przeprowadzenia odbioru z wykonanych usług, o którym mowa w § 2 ust 1 pkt. 4 niniejszej umowy, karę umowną w wysokości 100 zł,*

*2) każdorazowo za stwierdzenie niewłaściwego wykonania usług w stosunku do umownego standardu i zakresu określonego w załącznikach nr 2; nr 3; nr 4 do niniejszej umowy, karę umowną w wysokości 5% wartości brutto danego zlecenia określonego w zbiorczym rozliczeniu usług (harmonogramie - karcie zleceń/odbioru prac),*

*3) każdorazowo za stwierdzenie niewłaściwego wykonania usług w stosunku do umownego terminu określonego w załącznikach nr 2; nr 3; nr 4 do niniejszej umowy, karę umowną za każdy dzień opóźnienia w wysokości 10% wartości brutto danego zlecenia określonego w zbiorczym rozliczeniu usług (harmonogramie - karcie zleceń/odbioru prac),*

*4) każdorazowo za stwierdzony przypadek braku realizacji obowiązków określonych w § 2 ust. 2; ust. 3 oraz w § 11 ust. 2 niniejszej umowy, karę umowną w wysokości 1% wartości umowy.*

*3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - w wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto za przedmiot umowy: określonego w § 7 ust. 2.*

*Rozwiązanie i odstąpienie od umowy § 10*

*1. Strony zgodnie ustalają, iż Zamawiający zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy bez wypowiedzenia po trzykrotnym pisemnym upomnieniu, gdy Wykonawca nie przystąpi do wykonywania zakresu prac określonych niniejszą umową lub nie wykona ich prawidłowo lub terminowo w stosunku do określonych standardów stwarzając zagrożenie bezpieczeństwa (co zostało ujęte w protokołach odbioru jakościowego - załącznik nr 4 do niniejszej umowy).*

2. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

W takim przypadku Wykonawca może żądać wyłącznie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy.

3. Odstąpienie od umowy, powinno nastąpić w formie pisemnej i zawierać uzasadnienie pod rygorem nieważności takiego oświadczenia.

4. W przypadku odstąpienia od umowy strony są zobowiązane do następujących czynności: (...)

Wykonawca wspólnie z Zamawiającym sporządzą protokół inwentaryzacji wykonanych usług wg daty odstąpienia od umowy.

6) Zamawiający przejmie od Wykonawcy teren pod swój dozór."

Wypowiedzenie umowy przez odwołującego wykonawcę z 9 lipca 2014 r.:

„Wedle art. 750 k.c. w zw. z art. 746 § 2 k.c. - wypowiadam umowę nr MZDiM.SA.272.9.2014 z dnia 21 marca 2014 r. pn. „Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej, rosnącej w pasach drogowych administrowanych przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie 2014 roku" z przyczyn leżących pod stronie Zamawiającego, polegających w szczególności na:

a) nieudzieleniu Wykonawcy w odpowiednim terminie potrzebnych wiadomości dotyczących faktycznego zakresu prac, kolejności oraz terminów realizacji prac, co naraziło Wykonawcę na rażącą stratę, a także uniemożliwiło realizację prac w terminie wskazanym przez Zamawiającego;

b) przekazaniu Wykonawcy pasów drogowych administrowanych przez MZDiM w Jaworznie w terminie uniemożliwiającym realizację prac w terminie wskazanym przez Zamawiającego (tj. w dniu 5 maja br., podczas gdy powinno to nastąpić co najmniej miesiąc wcześniej);

c) konieczności przeprowadzenia przez Wykonawcę prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych, będących podstawą wyliczenia wynagrodzenia (np. koszenie parkingów, miejsc postojowych, placu przed kościołem);

d) konieczności wywożenia trawy po skoszeniu danego terenu do siedziby Wykonawcy z powodu braku zapewnienia przez Zamawiającego odpowiedniego miejsca docelowego.

*Jak również kwestionuję naliczone Wykonawcy kary umowne za rzekome opóźnienia w realizacji umowy.*

*Równocześnie wzywam Państwa do zapłaty na rzecz mojego mandanta wszystkich należności wynikających z przyjętych faktur VAT za zlecenia nr 1. 2. 3. 4. i 5,*

*Zaznaczam, że powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych. Zgodnie z art. 72 u.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego i kodeksu postępowania cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ponadto, zgodnie z ust. 2 § 13 umowy nr MZDIM.SA.272.9.2014 z dnia 21 marca 2014 r., w sprawach nieuregulowanych niniejszą umową mają zastosowanie przepisy ustawy zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.*

*Przyjmując zatem, że strony łączyła umowa o świadczenie usług, zawarta w trybie przepisów o zamówieniach publicznych, Wykonawca jako przyjmujący do wykonania usługę, może w każdym czasie, na podstawie art. 746 § 2 k.c. wypowiedzieć zawartą z Zamawiającym umowę.*

*Jednocześnie podnoszę, że wobec w/wym. uchybień leżących po stronie Zamawiającego, zupełnie niezrozumiałe jest naliczenie przez niego jakichkolwiek kar umownych obciążających Wykonawcę. Z ostrożności wskazuję przy tym, że zgodnie ze Zbiorczymi rozliczeniami usług nr 1, 2, 3, 4 i 5 (harmonogram - karta zlecenia odbioru prac), podpisanymi przez wyznaczonego przez Zamawiającego do wzajemnych kontaktów przy realizacji przedmiotu umowy M. D. bez zastrzeżeń - usługi te były realizowane bez żadnych opóźnień.*

*Niezależnie od powyższego stwierdzam, że wiele postanowień umowy (np. § 3, § 6 czy § 9 czy § 10 umowy) kształtuje prawa i obowiązki mojego mandanta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy i jako takie są one nieważne z mocy prawa."*

*Upomnienia i rozwiązanie umowy wystosowane do odwołującego przez zamawiającego w dniu 10 i 11 lipca 2014 r.*

*„Dotyczy realizacji zlecenia nr 4 do umowy nr ZMDIM.SA.272.9.2014 z 21 marca 2014 r. na zadanie pn. "Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej, rosnącej w pasach drogowych administrowanych przez MZDiM w Jaworznie w 2014 roku".*

*Z uwagi na zagrożenie bezpieczeństwa wynikające z kolejnego nieterminowego wykonania usług (opóźnienie 15-dniowe w stosunku do wyznaczonego terminu - ustalony termin 16.06.2014, rzeczywisty termin zakończenia prac 1.07.2014) określonych w umowie*

nr MZDIM.SA.272.9.2014 z 21 marca 2014 r. na zadanie pn. „Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej, rosnącej w pasach drogowych administrowanych przez ZMDiM Jaworznie w 2014 roku” i zleceniu nr 4 z dnia 9.06.2014 r. upominam Państwa i wzywam do terminowego wykonywania usług w ramach ww. umowy przekazywanych kolejnymi zleceniami. W odpowiedzi na Państwa pismo - „Wypowiedzenie umowy zlecenia” - z dnia 9 lipca br. informuję, że wypowiedzenie przez Państwa umowy nr MZDIM SA.272.9.2014 z 21 marca 2014 r. na zadanie pn. „Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej, rosnącej w pasach drogowych administrowanych przez MZDiM w Jaworznie w 2014 roku” z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego z powołaniem na art. 750 k.c. w zw. z art. 746 § 2 k.c. uznaję za nieskuteczne.

W/w przepisy mają zastosowanie tylko i wyłącznie do umów bezterminowych a przedmiotowa umowa jest umową terminową, która ponadto nie przewiduje innej możliwości wypowiedzenia umowy aniżeli w trybie określonym w § 10 tej umowy.

Dodatkowo, pragnę podkreślić, że przytoczone przez Państwa argumenty (pkt a-d w/w pisma) nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości, albowiem Wykonawca ani na etapie ogłoszenia przetargu nie wniósł żadnych uwag ani zapytań do SIWZ i jej załączników, jak również podczas realizacji umowy nie kwestionował zakresu bądź też terminów poszczególnych zleceń.

W odniesieniu do wezwania do zapłaty wszystkich należności wynikających, z faktur VAT za zlecenia nr 1,2,3,4,5 Zamawiający stwierdza, że na dzień 11 lipca br. otrzymał kompletne faktury jedynie za zlecenia od 1 do 3 i w przypadku żadnej z nich nie został przekroczony 30 dniowy termin płatności wynikający z umowy. W przypadku zlecenia nr 4 Wykonawca nie dołączył do przedłożonej faktury kart odpadów (zgodnie z obowiązkiem wynikającym z § 7 ust. 3 umowy) a w odniesieniu do zlecenia nr 5 na dzień 10 lipca 2014r. prace wynikające z tego zlecenia nie zostały zakończone - tak więc dziwić może wezwanie zamawiającego (...).

Jednocześnie z uwagi na zagrożenie bezpieczeństwa wynikające z kolejnego nieterminowego wykonywania usług określonych w zleceniu nr 5 z dnia 20.06.2014 r. (na dzień 11 lipca br. opóźnienie 10-dniowe w stosunku do wyznaczonego terminu - ustalony termin 01.07.2014) zgodnie z umową nr MZDIM SA.272.9.2014 z 21 marca 2014 r. upominam Państwa po raz trzeci i tym samym, zgodnie z § 10 ust. 1 ww. umowy rozwiązuje z dniem dzisiejszym tj. 11 lipca 2014 r. umowę nr MZDIM SA.272.9.2014 z 21 marca 2014 r. na zadanie pn. „Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej, rosnącej w pasach drogowych administrowanych przez MZDiM w Jaworznie w 2014 roku”.

*Z uwagi na powyższe wzywam Państwa do zakończenia realizacji usług ze zlecenia nr 5 w celu zinventaryzowania wszelkich zakończonych jak i niezakończonych prac zgodnie z § 10 ust. 4.”*

Pismo odwołującego z dnia 16 lipca 2014 r. uzasadniające skuteczność wypowiedzenia umowy przez wykonawcę.

*„2. Przytoczone argumenty w pkt a-d znajdują potwierdzenie w rzeczywistości, albowiem zgodnie z § 3 szczegółowy zakres prac, kolejność oraz termin rozpoczęcia ich realizacji miał zostać wskazany przez Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający nienależycie wykonał swoje zobowiązanie, narażając Wykonawcę na stratę, w szczególności nie przedstawił mu przed przystąpieniem do realizacji umowy harmonogramu prac, tylko na bieżąco przekazywał jego pracownikom zakres i termin zakończenia kolejnych etapów w taki sposób, że ich realizacja w tych terminach była fizycznie niemożliwa. Zaznaczam, że mój mandant oraz jego pracownicy wielokrotnie informowali Zamawiającego i wnosili zastrzeżenia do sposobu wykonywania umowy przez niego, jak również kwestionowali zakres prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych, będących podstawą wyliczenia wynagrodzenia (takich jak: koszenie parkingów, miejsc postojowych, placu przed kościołem).*

*3. Biorąc to pod uwagę powyższe należy uznać upomnienia z dnia 10 lipca i 11 lipca 2014 r. za bezskuteczne, jako złożone już po rozwiązaniu umowy łączącej strony w drodze wypowiedzenia przez przyjmującego zlecenie z ważnych powodów.*

*Z tych względów Pana oświadczenie o rozwiązaniu z dniem 11 lipca 2014 r. nr [umowy] MZDIM.SA.272.9.2014 z dnia 21 marca 2014 r. na zadanie pn. „Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej, rosnącej w pasach drogowych administrowanych przez MZDiM w Jaworznie w 2014 roku” nie odniosło żadnego skutku prawnego, albowiem na dzień jego doręczenia mojemu mandantowi, tj. w dniu 14 lipca 2014 r. okazało się bezprzedmiotowe na skutek rozwiązania umowy w drodze wypowiedzenia z dnia 9 lipca 2014 r.*

*Co się zaś tyczy Pana wezwania w trybie § 10 ust. 4 umowy to zaznaczam, że zgodnie z tą umową postanowienie to reguluje przypadek odstąpienia od umowy (§ 2 i § 3 umowy), a nie rozwiązania umowy bez wypowiedzenia po trzykrotnym pisemnym upomnieniu Wykonawcy (§ 1 umowy). Wobec tego, żądanie to nie może zostać spełnione przez mojego mandanta.”*

W uzasadnieniu odmowy zapłaty kar umownych według otrzymanych not - odwołujący podał, jak niżej.

*„Powodem odmowy jest manipulacja wystawcy faktury dla próby wyłudzenia zapłaty. Podnoszę bowiem, że zgodnie z § 2 pkt 1 umowy nr- MZDIM.SA.272.9.2014 z dnia 21*

marca 2014 r., Wykonawca był obowiązany do wykonania przedmiotu umowy zgodnie ze wskazówkami Zamawiającego, przy czym zgodnie z § 3 tej umowy, szczegółowy zakres prac, kolejność oraz termin rozpoczęcia prac miał zostać przez niego wskazany. Tymczasem Zamawiający, tj. wystawca not księgowych, na bieżąco i dobrowolnie ustalał termin zakończenia poszczególnych etapów-realizacji prac, nie uwzględniając faktycznego zakresu prac i narażając Wykonawcę na rażącą stratę. Zamawiający nie udzielił też Wykonawcy potrzebnych wiadomości dotyczących zakresu prac, kolejności oraz terminów ich wykonania odpowiednio wcześniej, przed przystąpieniem przez Wykonawcę do realizacji całej umowy, co niewątpliwie umożliwiłoby zachowanie przez mojego mandanta terminowości. Zamawiający przekazał nadto Wykonawcy pasy drogowe administrowane przez MZDiM w Jaworznie w dniu 5 maja 2014 r., podczas gdy powinno to nastąpić co najmniej miesiąc wcześniej. Wskazuje również, iż po stronie mojego mandanta - zaistniała konieczność przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych, będących podstawą wyliczenia wynagrodzenia (np. koszenie parkingów, miejsc postojowych, placu przed kościołem), jak również konieczność wywożenia trawy po skoszeniu danego terenu do siedziby Wykonawcy z powodu braku zapewnienia przez Zamawiającego odpowiedniego miejsca docelowego.

Zdaniem mojego mandanta przedstawione powyżej okoliczności dowodzą bezpodstawności wystawienia not księgowych, stanowiących karę umowną za każdy dzień opóźnienia. Wykonawca prac właściwie wykonał usługi, do których był zobowiązany, Powołując się, zatem przez Zamawiającego w piśmie z dnia 10 lipca 2014 r. na postanowienia umowy zawarte § 9 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 3 jest nadużyciem oraz stosowaniem przez Zamawiającego praktyk sprzecznych z dobrymi obyczajami.

Ponownie wskazuję, że postanowienia umowy § 3, § 6 czy § 9 czy § 10 umowy kształtują prawa i obowiązki mojego mandanta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy.”

W załącznikach nr 2 i 3 do SIWZ oraz odpowiednio do umowy, określających zakres i sposób realizacji zamówienia, zamawiający wymagał, aby zlecane na bieżąco prace zostały wykonane w ciągu 5 dni roboczych.

Odwołujący złożył swój podpis pod protokołami zamawiającego, załączonymi do akt sprawy – potwierdzając nieterminowe wykonanie oznaczonych prac oraz odstępstwa od wyznaczonych standardów.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro jego oferta zawierała najniższą cenę. Był zatem

uprawniony, aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny jego oferty - które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać go na poniesienie szkody.

Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Również art. 139 ust. 1 ustawy Pzp nakazuje, aby do umów w sprawach zamówień publicznych stosować Kodeks cywilny w zakresie nie uregulowanym odmiennie w ustawie Pzp.

Przepis art. 142 ustawy Pzp stanowi, że umowę o zamówienie publiczne zawiera się na czas oznaczony. W art. 145 ustawy Pzp przewidziano szczególny tryb odstąpienia przez zamawiającego od umowy, tj.: W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

Przepisy art. 491 § 1 K.c. upoważniają stronę do odstąpienia od umowy po wyznaczeniu dodatkowego terminu do wykonania obowiązków umownych, a nawet stosownie do art. 492 K.c. – strona uprawniona może w razie zwłoki drugiej strony odstąpić od umowy bez wyznaczenia terminu dodatkowego, jeżeli uprawnienie takie zostało na jej rzecz zastrzeżone w umowie. Przy czym odstąpienie od umowy jest formą jej rozwiązania z oznaczonym w tej ustawie skutkiem.

Nie można jednak pomijać specyfiki umowy w sprawie zamówienia publicznego. Bez żadnych wątpliwości umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową terminową, a jej rozwiązanie przed upływem terminu umownego może nastąpić jedynie w przypadkach wskazanych w samej umowie i ustawie Pzp. Tego rodzaju umowy zawierane są w interesie publicznym, realizują istotne potrzeby szerszej zbiorowości, stąd ustawodawca założył ich trwałość na wyznaczony czas. Aktualna w okolicznościach danej sprawy jest, więc teza zawarta w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997r. (sygn. W/96), zgodnie z którą „za interes publiczny należy bez wątpienia uznawać korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciążących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury, porządku publicznego.”

Umowa nr MZDIM.SA.272.9.2014 z 21 marca 2014 r. została zawarta na czas do 31 października 2014 r., lub do wyczerpania kwoty przewidzianej na jej realizację, której wysokość zamawiający podał wykonawcom na otwarciu ofert.

W § 10 umowy - Rozwiązanie i odstąpienie od umowy - zamawiający zastrzegł na swoją rzecz możliwość rozwiązania tej umowy bez wypowiedzenia, w istocie przy zgodzie wykonawcy, gdyż:

1. Strony zgodnie ustaliły, iż Zamawiający zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy bez wypowiedzenia po trzykrotnym pisemnym upomnieniu, gdy Wykonawca nie przystąpi do wykonywania zakresu prac określonych niniejszą umową lub nie wykona ich prawidłowo lub terminowo w stosunku do określonych standardów stwarzając zagrożenie bezpieczeństwa (co zostało ujęte w protokołach odbioru jakościowego - załącznik nr 4 do niniejszej umowy).

Odwołujący zaakceptował taki wzór umowy w ramach przetargu na „*Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej, rosnącej w pasach drogowych administrowanych przez MZDiM w Jaworznie w 2014 roku*”, do którego przystąpił na wyznaczonych w SIWZ warunkach.

Przedmiotowa umowa nie przewiduje dla wykonawcy żadnego trybu jej rozwiązania przed upływem wyznaczonego terminu. Z tych też względów na wniosek odwołującego wykonawcy mogłaby zostać rozwiązana jedynie przez sąd w trybie art. 357<sup>1</sup> K.c. przy wykazaniu spełnienia wszystkich przesłanek wynikających z tej normy.

W ocenie Izby chybione jest stanowisko odwołującego, że był uprawniony wypowiedzieć przedmiotową umowę w każdym czasie w oparciu o art. 746 § 2 K.c. w związku z art. 750 K.c., uznając, że wymieniona umowa nosi charakter umowy zlecenia. Na przeszkodzie takiej interpretacji stoi, bowiem przepis szczególny o charakterze imperatywnym tj. art. 142 ustawy Pzp.

Wprawdzie zamawiający nazwał umowę nr MZDIM.SA.272.9.2014 z 21 marca 2014r. umową o świadczenie usługi, i tak też podał w ogłoszeniu o zamówieniu. Z treści omawianej umowy wynika jednak, że zamawiający oczekiwał konkretnych i wymiernych rezultatów prac, które to prace podlegały ścisłemu odbiorowi ilościowemu i jakościowemu ze strony zamawiającego. Z tych względów z uwagi na istotę przedmiotu tego zobowiązania - mamy więc do czynienia z umową o dzieło w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 2 pkt 2),8) i 10) wszystkie rodzaje umów w sprawach zamówień publicznych kwalifikuje jedynie, jako: roboty budowlane, dostawy bądź usługi, bez dalszych rozróżnień, co nie pokrywa się z podziałami umów według Kodeksu cywilnego. Przepis art. 750 K.c. o stosowaniu odpowiednio przepisów o zleceniu, a więc w odniesieniu do dokonywania określonych czynności prawnych na rzecz dającego zlecenie - jak stanowi art. 734 K.c. - ma zastosowanie tylko do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami (w tym przypadku świadczenie usługi na rzecz zamawiającego - było regulowane przepisami ustawy Pzp).

Trafna więc była argumentacja zamawiającego, że o prawidłowym zakwalifikowaniu omawianej umowy – jako umowy o dzieło, świadczy charakterystyczny dla tego rodzaju umów ustalony rodzaj wynagrodzenia – jako kosztorysowego. Wynagrodzenie kosztorysowe ma charakter wynikowy – jego wysokość jest zależna od faktycznego wymiaru prac wykonanych przez wykonawcę zamówienia przy zastosowaniu stawek jednostkowych ceny oferty, podanych w kosztorysie ofertowym wykonawcy. W odróżnieniu od umowy zlecenia – przy umowie o dzieło liczy się osiągnięcie konkretnych rezultatów prac w zakładanym czasie – poświadczonych protokołami odbioru. Do rozwiązania tej umowy zastosowanie znajdowały zatem zawarte w niej postanowienia § 10, z wyłączeniem przepisów wskazanych przez odwołującego, tj. art. 750 i 746 K.c. Ponadto ww. przepisy mają zastosowanie tylko i wyłącznie do umów bezterminowych a przedmiotowa umowa była umową terminową, która nie przewidywała innej możliwości jej wypowiedzenia, aniżeli w trybie określonym w § 10 tej umowy.

W tych okolicznościach Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że dokonane w dniu 9 lipca 2014 r. wypowiedzenie umowy nr MZDIM.SA.272.9.2014 z 21 marca 2014 r. przez odwołującego było bezskuteczne.

Istotne dla podjętego rozstrzygnięcia sprawy były też argumenty zamawiającego, które znajdowały potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym, że odwołujący wykonawca ani na etapie ogłoszenia przetargu nie wniósł żadnych uwag ani zapytań do SIWZ i jej załączników, ani też w postępowaniu odwoławczym nie przedstawił dowodów, że podczas realizacji umowy kwestionował zakres, lub też terminy poszczególnych zleceń roboczych, jako zawierających polecenia niezgodne z zawartą umową.

Odwołujący uzasadniając dokonane przez siebie wypowiedzenia umowy, wymienił poniższe przyczyny:

a) nieudzielenie w odpowiednim terminie potrzebnych wiadomości dotyczących faktycznego zakresu prac, kolejności oraz terminów realizacji prac, co naraziło odwołującego na rażącą stratę, a także uniemożliwiło realizację prac w terminie wskazanym przez zamawiającego;

b) przekazaniu wykonawcy pasów drogowych administrowanych przez MZDiM w Jaworznie w terminie uniemożliwiającym realizację prac w terminie wskazanym przez Zamawiającego (tj. w dniu 5 maja br.), podczas gdy powinno to nastąpić co najmniej miesiąc wcześniej);

c) konieczności przeprowadzenia przez wykonawcę prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych, będących podstawą wyliczenia wynagrodzenia (np. koszenie parkingów, miejsc postojowych, placu przed kościołem);

d) konieczności wywożenia trawy po skoszeniu danego terenu do siedziby Wykonawcy z powodu braku zapewnienia przez zamawiającego odpowiedniego miejsca docelowego.

Przy czym odwołujący upatrywał przyczyn takiego stanu rzeczy – jako leżących po stronie zamawiającego.

Izba nie znalazła podstaw, aby w ustalonym stanie faktycznym, tego rodzaju zarzuty mogły być zamawiającemu zasadnie postawione.

Ad. a). Jak już była mowa wyżej, nieudzielenie w odpowiednim terminie potrzebnych wiadomości dotyczących faktycznego zakresu prac, kolejności oraz terminów realizacji prac, mogło być kwestionowane na etapie ogłoszenia i po opublikowaniu SIWZ, chociażby w trybie art. 181 ust. 1 Pzp, gdyż przetarg był ogłoszony w procedurze poniżej progów wymienionych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Niepełny i niesprecyzowany opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty narusza bowiem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, a zarazem narusza zasady uczciwej konkurencji, o których mowa w art. 29 ust. 2 tej ustawy. Skoro odwołujący nie zadawał pytań do SIWZ, w tym do wzoru umowy i nie kwestionował żadnych postanowień zamawiającego, oznacza to, że na takie warunki świadomie się godził. Ponadto odwołujący nie przedstawił żadnych pism do zamawiającego, ani nie powoływał się, że zgłaszał swoje uwagi do protokołów odbioru poszczególnych prac.

Zamawiający nie może zmieniać ustalonych warunków zamówienia sprecyzowanych i znanych wykonawcom - na etapie oceny ofert, a tym bardziej nie może odstępować od postanowień umownych, przez co doprowadzać do zmian realizacji umowy, gdyż sprzeciwia się temu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad. b) W § 2 umowy wykonawca zobowiązał się do wykonywania przedmiotu umowy zgodnie ze wskazówkami zamawiającego. W załączniku nr 1 do SIWZ (zał. nr 2 do umowy) szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w punkcie 3 został podany termin zrealizowania usługi- w ciągu 5 dni roboczych od daty odbioru zlecenia, stanowiący zał. nr 3 do umowy na powierzchni minimalnej 200 000,00 m<sup>2</sup>. Zakres prac do wykonania przez wykonawcę miał zostać ustalony w formie pisemnej, zgodnie z załącznikiem nr 3 do niniejszej umowy - zbiorcze rozliczenie usług (harmonogram - karta zleceń/odbioru prac określających każdorazowo szczegółowy zakres, ich szacunkową wartość, lokalizacje oraz terminy realizacji), ustalony i potwierdzony (každorazowo) pomiędzy upoważnionym przedstawicielem Zamawiającego, a upoważnionym przedstawicielem Wykonawcy (...).

W umowie dla tych czynności zamawiającego – przekazania harmonogramu, czy składania zleceń realizacyjnych - termin nie został wyznaczony. Wykonawca zobowiązany

był wykonać wyznaczone prace w terminie 5 dni roboczych od otrzymania polecenia. Jeżeli wykonawca zaakceptował takie warunki – otwartych terminów dla zamawiającego – powinien przynajmniej skalkulować wszelkie ryzyka z tym związane i ująć je w cenie składanej oferty – przewidując sytuację skumulowania się terminów wyznaczonych prac, lub zaniechać złożenia oferty – jeżeli oceniał, iż w tych warunkach ryzyko niewywiązania się z umowy i narażenia na zapłatę kar będzie zbyt duże. Odwołujący nie wskazał w jakim konkretnym terminie zamawiający zobowiązał się do przekazania wykonawcy pasów drogowych administrowanych przez MZDiM i z jakich względów uznawał, że czynność ta nastąpiła ze zwłoką. Zamawiający w ogólności zaprzeczył temu, ażeby miał przekazywać wykonawcy „pasy drogowe”.

Ad. c) Izba uznała również i ten zarzut za bezpodstawny. W § 7 umowy - wynagrodzenie i warunki płatności strony ustaliły, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia będzie wynagrodzenie kosztorysowe (iloczyn ceny jednostki i ilości). W związku z czym wszelkie podane ilości (zakres prac) miały wyłącznie charakter orientacyjny, pozwalający wykonawcy na skalkulowanie ceny ofertowej oraz poprawną, proporcjonalną ocenę ofert. Analogiczne dane w trakcie realizacji zamówienia mogły się różnić. Faktyczny zakres prac miał wynikać ze zleceń roboczych zamawiającego. W § 6 umowy odwołujący zaakceptował warunek, że przedmiot zamówienia realizowany będzie systematycznie od dnia podpisania umowy zgodnie z bieżącymi zapotrzebowaniami zamawiającego do 31 października 2014 roku, lub do wyczerpania kwoty przewidzianej na jego realizację, tj. kwoty, jaką zamawiający podał na otwarciu ofert. Granicę obsługiwanego terenu wyznaczało zgodnie z nazwą zamówienia „Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej rosnącej w pasach drogowych na drogach administrowanych przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów w Jaworznie w 2014 r.” tj. – administrowanie tymi terenami przez zamawiającego oraz załącznik 1 do Zbiorczego rozliczenia usługi. Odwołujący nie zarzucał, że koszenie trawy z bliżej nieoznaczonych parkingów, miejsc postojowych, placu przed kościołem - nie podlegało administrowaniu przez zamawiającego. Stanowisko odwołującego świadczy również, że nie do końca orientował się w charakterze zawartej umowy, iż zamawiający był uprawniony, aby szczegółowe miejsce prac i ich zakres wskazywać w zleceniach roboczych.

Ad. d) nie można było przyznać racji odwołującemu, że miał uzasadnione powody aby rozwiązać umowę z winy zamawiającego, gdyż zmuszony był wywozić trawę po skoszeniu danego terenu do własnej siedziby z powodu braku zapewnienia przez zamawiającego odpowiedniego miejsca docelowego. Odwołujący pominął, że W § 2 umowy przyjął na siebie obowiązek przedłożenia zamawiającemu w terminie 7 dni od daty zawarcia niniejszej umowy kserokopii dokumentu potwierdzającego, że wykonawca posiada podpisaną umowę z instalacją regionalną lub zastępczą instalacją (w regionie zachodnim

województwa małopolskiego zgodnie z zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla województwa małopolskiego na odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych oraz odpadów ulegających biodegradacji na czas świadczenia usług objętych niniejszą umową. W przypadku nie przedłożenia zamawiającemu dokumentów wymienionych w niniejszym ustępie zamawiający zastrzegł prawo odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy w rozumieniu § 9 ust. 3 niniejszej umowy. Tak więc trawa po skoszeniu winna trafiać do regionalnej instalacji przetwarzania i odbioru odpadów komunalnych, jako odpad biodegradowalny. W toku postępowania odwoławczego zostało wyjaśnione, że odwołujący dysponuje własną instalacją zastępczą przetwarzania odpadów. Spiętrzenie się prac przy koszeniu terenów – miało też związek z przyznanymi przez odwołującego opóźnieniami w realizacji części bieżących zleceń i koniecznością jednoczesnego przetworzenia dużej ilości skoszonej trawy.

Odwołujący nie wykazał podstaw prawnych, aby rozwiązać umowę nr MZDIM.SA.272.9.2014 z 21 marca 2014 r. z zamawiającym, a ponadto, gdyby nawet założyć, że był legitymowany do takiej czynności, nie zachodziły podstawy faktyczne, aby uznać, że zamawiający dopuścił się zwłoki w wykonywaniu umowy wzajemnej w rozumieniu art. 491 i 492 K.c.

Stanowisko odwołującego pozostawało jednocześnie niekonsekwentne, skoro powoływał się na swoje nieograniczone prawo do wypowiedzenia w każdym czasie przedmiotowej umowy – jako zlecenia, a jednocześnie wskazywał na zaniechania zamawiającego, które legły u podstaw jego decyzji o rozwiązaniu umowy.

Wprost okoliczności przywołane przez odwołującego potwierdzają, że jako wykonawca nie wywiązywał się z umowy nr MZDIM.SA.272.9.2014 z 21 marca 2014 r. na bieżąco, jedynie usprawiedliwiał ten stan rzeczy – przyczynami leżącymi po stronie zamawiającego.

Protokoły odbioru prac objętych umową - przedstawione przez zamawiającego i podpisane przez wykonawcę, potwierdziły opóźnienia w realizacji zleceń przez odwołującego oraz odstępowstwa od wyznaczonych standardów.

W tych okolicznościach zamawiający był uprawniony, aby zgodnie § 10 umowy dokonać jej rozwiązania bez wypowiedzenia po uprzednim trzykrotnym pisemnym upomnieniu, które to zostały do odwołującego wystosowane, gdyż wykonawca nie przystąpił do wykonywania zakresu prac określonych umową w wyznaczonych terminach, nie wykonał niektórych prac terminowo – w ciągu 5 dni roboczych, lub prawidłowo - w stosunku do określonych standardów, stwarzając zagrożenie bezpieczeństwa (co zostało ujęte w protokołach odbioru jakościowego – według załącznika nr 4 do umowy).

Odwołujący nie kwestionował, że wartość niewykonanych prac - niezrealizowanego zamówienia według umowy nr ZMDIM.SA.272.9.2014 z 21 marca 2014 r. na zadanie pn. "Utrzymanie zieleni przydrożnej innej niż urządzonej, rosnącej w pasach drogowych administrowanych przez MZDiM w Jaworznie w 2014 roku" była inna, niż podana przez zamawiającego - 60,2%.

Wobec powyższego zamawiający był zobowiązany wykluczyć wykonawcę Z. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Drzewa, krzewy, rośliny ozdobne pielęgnacja terenów zielonych, mała architektura Z. S.” z siedzibą w Jaworznie z przedmiotowego postępowania, gdyż ziszczyły się wszystkie przesłanki wymienione w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku rozdziału V ust.1 pkt 4) SIWZ. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się - 1 osobą odpowiedzialną za prowadzenie robót - kierownikiem robót z uprawnieniami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych i na potwierdzenie spełniania tego warunku dołączył wykaz osób po stronie wykonawcy, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (Załącznik nr 6 SIWZ).

Odwołujący w wykazie osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ w tabeli nr 1. kierownik robót: w kolumnie nr 5 „Posiadane uprawnienia - Zakres, wpisał BUDOWLANE, w kolumnie nr 6 Specjalność wpisał KONSTRUKCYJNO-BUDOWLANA, a nie instalacyjna.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp, lub którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Skoro odwołujący został zasadnie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 1a ustawy Pzp, jego ofertę uznaje się za odrzuconą stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, zamawiający nie był zobowiązany wzywać odwołującego do uzupełnienia wadliwego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, - tj. do uzupełnienia wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zasadności zarzutów czynionych zamawiającemu naruszenia: tj. art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust 1 pkt 1 a, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wybór oferty wykonawcy J. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalatorstwa Gazowego i Sanitarnego J. B.” z siedzibą w Jaworznie nie naruszał art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis stosownie do postanowień § 3 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....